المعاملات المالية

أصالة ومعاصرة

تقديم أصحاب المعالي

الشيخ. د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي

الشيخ. د/ صالح بن عبد الله بن حميد

الشيخ/ محمد بن ناصر العبودي

الشيخ/ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ

تأليف

دبيان بن محمد الدبيان

المجلد الثاني

ⓗ دبيان بن محمد الدبيان، ١٤٣٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الدبيان، دبيان محمد
المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. /دبيان محمد الدبيان .-
الرياض، ١٤٣٢هـ
٥٣٢ص ؛ ١٧×٢٤سم.
ردمك: ٨ ـ ٧٤٨٠ ـ ٠٠ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة) ج٢
١ ـ المعاملات (فقه إسلامي) أ. العنوان
ديوي ٢٥٣ ١٤٣٢/٤٧٠٦

١٤٣٤ هـ
الطبعة الثانية

للطلب الاتصال
بالاستاذ / فهد بن عبد العزيز الجوعي
ت/ ٠٠٩٦٦٥٠٤٨٨١١٩٤

المعاملات المالية

أصالة ومعاصرة

٢

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

فهذا هو المجلد الثاني من عقد البيع، وقد درست في المجلد الأول ثلاثة أبواب:

الباب الأول: وقد تناولت فيه دراسة المال وبيان أنواعه.

والباب الثاني: وقد بحثت فيه حكم البيع وبيان أركانه.

الباب الثالث: درست فيه صيغة التعاقد (أحكام الإيجاب والقبول).

والباب الرابع: وقد تطرقت إلى الشروط المتعلقة بالعاقدين، إلا أن هذا الباب لم يستكمل في المجلد السابق، وسوف يستكمل إن شاء الله تعالى في هذا المجلد.

وسيحوي هذا المجلد الثاني إن شاء الله تعالى بقية الباب الرابع، وبعض مباحث الباب الخامس، وستكون خريطة البحث على النحو التالي:

المبحث الخامس: في بيع السكران:

الفرع الأول: في بيان المقصود بالسكران.

الفرع الثاني: خلاف العلماء في بيع السكران.

المبحث السادس: في بيع السفيه.

الفرع الأول: في تعريف السفيه.

الفرع الثاني: في حكم بيع السفيه.

الشرط الثاني: أن يكون العاقد مختارًا.

المبحث الأول: الفرق بين الرضا والاختيار.

الفرع الأول: في بيع المكره.

الفرع الثاني: في تعريف الإكراه.

الفرع الثالث: في حكم بيع المكره.

المسألة الأولى: في الإكراه بحق.

المسألة الثانية: في الإكراه بغير حق.

المسألة الثالثة: في الإكراه على سبب البيع.

المبحث الثاني: في الغلط في العقد.

الفرع الأول: الغلط في المعقود عليه.

المسألة الأولى: الغلط في جنس المعقود عليه.

المسألة الثانية: الغلط إذا كان في وصف مرغوب فيه.

المسألة الثالثة: الغلط في الصيغة.

المسألة الرابعة: الغلط بسبب الجهل بالحكم الشرعي.

المبحث الثالث: يشترط في الرضا ألا يشوبه شيء من التدليس.

المبحث الرابع: يشترط في الرضا سلامته من الغبن الفاحش.

الفرع الأول: في تعريف الغبن وبيان حكمه.

الفرع الثاني: خلاف العلماء في الغبن القادح في الرضا.

الشرط الثالث: أن يكون العاقد مالكًا للمعقود عليه أو مأذونًا له فيه.

المبحث الأول: في حكم بيع الفضولي.

الفرع الأول: في تعريف الفضولي.

الفرع الثاني: في الحكم التكليفي لتصرف الفضولي.

الفرع الثالث: خلاف الفقهاء في صحة بيع الفضولي.

الفرع الرابع: شراء الفضولي لغيره.

الباب الخامس: في أحكام المعقود عليه (المبيع والثمن).

تمهيد ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف المبيع والثمن.

المبحث الثاني: المبيع والثمن هل هما مترادفان أو متباينان.

المبحث الثالث: انقسام المبيع والثمن إلى مثلي وقيمي.

فرع: الأثر الفقهي في تقسيم المال إلى مثلي وقيمي.

الفصل الأول: في كيفية تعيين المبيع من الثمن.

المبحث الأول: تعيين المبيع من الثمن في مبادلة سلعة بنقد.

المبحث الثاني: تعيين المبيع من الثمن في مبادلة النقد بمثله.

المبحث الثالث: تعيين المبيع من الثمن في مبادلة سلعة بمثلها.

المبحث الرابع: هل تتعين النقود بالتعيين.

الفصل الثاني: في شروط المعقود عليه (المبيع والثمن).

الشرط الأول: في طهارة المعقود عليه.

فرع: الصابون من الزيت النجس.

الشرط الثاني: اشتمال المعقود عليه على منفعة مباحة.

المبحث الأول: في بيع المصحف وشرائه.

الفرع الأول: في إبدال المصحف بمصحف آخر.

الفرع الثاني: في بيع المصحف للكافر.

الفرع الثالث: في رهن المصحف.

المبحث الثاني: في بيع الهر.

المبحث الثالث: في بيع الفيل.

المبحث الرابع: في بيع القرد.

المبحث الخامس: في بيع سباع البهائم والطير التي تصلح للصيد.

المبحث السادس: في بيع الحشرات.

المبحث السابع: في بيع لبن الآدميات.

المبحث الثامن: في بيع السم.

المبحث التاسع: في بيع الطيور لصوتها أو للونها.

الشرط الثالث: أن يكون المعقود عليه معلومًا للمتعاقدين.

الشرط الرابع: أن يكون المعقود عليه مقدورًا على تسليمه.

الشرط الخامس: أن يكون المعقود عليه مالًا.

الشرط السادس: أن يكون المبيع مملوكًا في ذاته ولو لغير البائع.

الشرط السابع: هل يشترط وجود المبيع حال العقد.

الفصل الثالث: في شروط الثمن.

المطلب الأول: أن يشترط المشتري الثمرة

المطلب الثاني: أن يشترط البائع الثمرة.

الفرع الثاني: في ثمر النخل إذا بيع وقد أبر بعضه.

الفرع الثالث: في تأبير بعض الثمرة في الشجرة الواحدة.

الفرع الرابع: في اشتراط بعض الثمرة.

الفرع الخامس: أذا كانت الثمرة للبائع فهل له أن يبقيها إلى الجذاذ.

الفرع السادس: في فحل النخل.

الفرع السابع: في سقي الشجر إذا كانت الأصول لرجل والثمار لآخر.

مسألة: فيمن يتولى السقي.

الفرع الثامن: في دخول الأرض تبعًا إذا باع النخل.

المبحث الرابع: ما يدخل في بيع الدار.

الفرع الأول: يدخل فيها ما يتناوله اسم الدار.

الفرع الثاني: يدخل في اسم الدار ما كان من توابعها متصلًا بها.

الفرع الثالث: في دخول المفاتيح في بيع الدار.

الفرع الرابع: في دخول بستان الدار في بيع الدار.

الفرع الخامس: ما دخل في بيع الأرض دخل في بيع الدار إن كان ذلك بداخلها.

الفرع السادس: في دخول ظلة الدار.

المسألة الأولى: في إخراج الظلة في هواء الطريق.

المطلب الثامن: هل يقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق.

المطلب التاسع: حكم القبض السابق في تطارح الدينين صرفًا.

هذا ما استوعبه المجلد الثاني من خطة البحث المتعلقة بعقد البيع، وتجد بقية خطة البحث في سائر المجلدات الباقية إن شاء الله تعالى. وسوف أذكر في كل مجلد ما يخصه منها.



المبحث الخامس: بيع السكران

الفرع الأول
في بيان المقصود بالسكران

[م - ٨٧] ما المقصود بالسكران؟

هل المقصود به، من ذهب عقله، فلم يعد يميز بين الأشياء؟

أو المقصود به، من تغير عقله، وإن لم يذهب بالكلية؟

اختلف العلماء في هذا على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

المراد به من ذهب عقله جملة، وهو مذهب الحنفية.

قال في البحر الرائق:

«وهو - أي السكران - من لا يعرف الرجل من المرأة، ولا السماء من الأرض، فإن كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي. والحاصل أن المعتمد في المذهب، أن السكران الذي تصح منه التصرفات من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة... والعجب ما صرح به في بعض العبارات من أنه معه من العقل ما يقوم به التكليف، ولا شك أن على هذا التقدير لا يتجه لأحد أن يقول لا تصح تصرفاته...»[1].

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٦٦)، وفيه قول آخر في مذهب الحنفية أن من زال عقله بالكلية فهو كالمجنون فبيعه وسائر تصرفاته باطل، وإنما السكران كالصاحي إذا كان معه من العقل والتميز ما يقوم به التكليف، انظر غمز عيون البصائر (٢/ ١١٧).

القول الثاني:

المراد من تغير عقله وإن لم يذهب بالكلية، وهي طريقة ابن رشد، وعليه أكثر المالكية.

نقل الباجي عن القاضي أبي الوليد أنه قال: «... والذي عندي في هذا: أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة، وإنما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده... وإنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر؛ لأن سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة، وإنما يتغير العقل تغييرًا يجترئ به على معان لا يجترئ عليها صاحيًا كالسفيه، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لما اقتص منه، ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه...»(١).

إذا علم ذلك فالذي يظهر من كلامهم أن السكران الذي لا تمييز عنده كالمجنون اتفاقًا.

وقد نص ابن رشد والباجي: أنه إن لم يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة فكالمجنون اتفاقًا.

واستدلوا على هذا بأن الله ﷻ خاطب السكران بقوله: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣].

فلو كان المقصود بالسكران من ذهب عقله بالكلية لكان بمعنى المجنون، وبالتالي لا يصح أن يوجه له أمر ونهي، فكيف ينهى عن قربان الصلاة، ولكن المقصود بالسكران هو الذي يفهم ما يأتي ويذر غير أن الشراب قد أثقل لسانه، وأجزاء جسمه، وأخدرها حتى عجز عن إقامة قراءته في صلاته وحدودها الواجبة عليه فيها من غير زوال عقله، فهو بما أمر به ونهي عنه عارف فهم، وعن

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٣)، وانظر المنتقى للباجي (٤/ ١٢٥).

أداء بعضه عاجز بخدر جسمه من الشراب، وأما من صار إلى حد لا يعقل ما يأتي ويذر، فذلك منتقل من السكر إلى الخبل، ومعدود في المجانين، وليس ذلك الذي خوطب بقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ﴾ [النساء: ٤٣]، لأن ذلك مجنون، وإنما خوطب به السكران، والسكران ما وصفنا صفته[١].

وهذا رأي ابن قدامة من الحنابلة، فإنه قال: «السكران لا يزول عقله بالكلية، ولهذا يتقي المحذورات، ويفرح بما يسره، ويساء بما يضره، ويزول سكره عن قرب من الزمان، فأشبه الناعس، بخلاف النائم والمجنون»[٢].

ويشكل على هذا قول ابن قدامة قبل: «وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه، هو الذي يجعله يخلط في كلامه، ولا يعرف رداءه من رداء غيره، ونعله من نعل غيره، ونحو ذلك لأن الله تعالى قال ﴿يَـٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: استقرئوه القرآن، أو ألقوا رداءه في الأردية، فإن قرأ أم القرآن، أو عرف رداءه، وإلا فأقم عليه الحد، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض، ولا الذكر من الأنثى؛ لأن ذلك لا يخفى على المجنون، فعليه أولى»[٣].

القول الثالث:

المقصود بالسكران مطلقًا، سواء كان معه تمييز أم لا، وهذا اختيار اللخمي من المالكية[٤].

---

(١) تفسير الطبري (٥/ ٩٦، ٩٧).
(٢) المغني (٩/ ٣٢).
(٣) المغني (٧/ ٢٩٠).
(٤) شرح ميارة (٢/ ٢١).

والذي أميل إليه أن الذي لا يتأثر بالسكر مطلقًا لكونه قد شرب قليلًا منه، أو لكونه قد اعتاد شربه حتى أصبح لا يؤثر في عقله، أنه لا فرق بينه وبين الصاحي؛ لأن الحكم يدور مع علته، فالعلة هي الخوف من تأثير السكر على العقل، فإذا انتفى التأثير انتفى الحكم. ولذلك قال تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، فجعل غاية النهي هي إدراك ما يقول.

وأما من أثر فيه السكر ولو لم يذهب عقله بالكلية فإنه داخل في الخلاف، فإنه معروف أن من يشرب الخمرة فقد تدفعه إلى الإقدام على الصفقة من غير إدراك لعواقبها وإن كان لا يزال معه بقية من عقله، وقد تحول البخيل إلى كريم، والجبان إلى شجاع كما قال حسان:

ونشربها فتتركنا ملوكًا وأسدًا ما ينهنهنا اللقاء

وقال آخر:

فإذا شربت فإنني رب الخورنق والسدير وإذا صحوت فإنني رب الشويهة والبعير

وأما الاحتجاج بالآية في قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، وأن السكران لو كان عقله قد ذهب بالكلية لما صح أن يوجه له أمر ونهي، فكيف ينهى عن قربان الصلاة؟

فهذا استدلال ببعض الآية وترك لبعضها، فالآية تقول ﴿حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، وهو دليل على أن السكران لا يعلم ما يقول. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الآية نزلت في وقت كان شرب الخمر مأذونًا فيه، وهي تنهى شارب الخمر عن شرب الخمر في أوقات الصلوات لأن شربه الخمر سيكون سببًا في تركه للصلاة، فهو خطاب للمسلم قبل سكره، لهذا كان بعض الصحابة بعد نزول هذه الآية لا يشرب الخمر إلا بعد صلاة العشاء فلا يصبح إلا وقد ذهب عنه السكر.

الفرع الثاني
خلاف العلماء في بيع السكران

[م - ٨٨] اختلف العلماء في بيع السكران، وفي سائر تصرفاته، ماذا يلزمه؟ على أربعة أقوال:

القول الأول:

يصح بيعه، وسائر تصرفاته.

وهو مذهب الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة في المشهور[3]، واختيار

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٦٦)، كشف الأسرار (٤/ ٣٥٤)، المبسوط (٢٤/ ٣٤).

(٢) قال في المجموع (٩/ ١٨١، ١٨٢): «وأما السكران فالمذهب صحة بيعه وشرائه، وسائر عقوده التي تضره والتي تنفعه.

والثاني: لا يصح شيء منها. والثالث: يصح ما عليه دون ماله». اهـ

وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٢١٦): «اختلف في تكليفه - يعني السكران- على قولين، والأصح المنصوص في الأم أنه مكلف».

وقال في روضة الطالبين (٣/ ٣٤٢): «ويصح بيع السكران وشراؤه على المذهب، وإن كان غير مكلف».

وانظر الوسيط (٥/ ٣٩٠، ٣٩١)، مغني المحتاج (٢/ ٧)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٦).

(٣) جاء في الإنصاف (٨/ ٤٣٣ - ٤٣٥): «تعتبر أقواله وأفعاله - يعني السكران - في الأشهر عن الإمام أحمد رحمه الله».

وانظر قواعد ابن رجب: القاعدة الثانية بعد المائة، وانظر الكافي في فقه ابن حنبل (٣/ ١٦٤، ١٦٥)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٧٥)، الفتاوى لابن تيمية (٣٣/ ١٠٣) وما بعدها، منار السبيل (٢/ ٢٠٩).

وجاء في مسائل أحمد رواية عبد الله في طلاق السكران (١٥٠٤): «قلت لأبي: فالسكران؟ قال: كنت أجترئ عليه، فأما اليوم فلا، قلت: لم؟ قال: لأنه ليس بمرفوع عنه القلم، قال أبي: وكذا كان الشافعي يقول: وجدت السكران ليس بمرفوع عنه القلم».

ابن نافع من المالكية[١].

القول الثاني:

لا يصح شيء من تصرفاته، وهو قول أبي يوسف، وأبي الحسن الكرخي، وأبي جعفر الطحاوي من الحنفية[٢]، ومحمد بن عبد الحكم من المالكية[٣]، وقول في مذهب الشافعية[٤]، وقول في مذهب الحنابلة[٥]، واختيار ابن حزم[٦].

القول الثالث:

تلزمه الأفعال، ولا تلزمه الأقوال، فيقتل بمن قتل، ويحد في الزنا والسرقة، ولا يحد في القذف، ولا يلزمه طلاق، ولا عتق، وهو قول الليث.

القول الرابع:

تلزمه الجنايات، والعتق، والطلاق، والحدود، ولا يلزمه الإقرارات، والعقود، وهو مذهب مالك، وعامة أصحابه[٧]، وبناء عليه لايصح بيعه عند المالكية؛ لأنه من جملة العقود.

والذي يعنينا في هذا الباب هو بيع السكران، وليس البحث في جناياته، ولا في طلاقه، فتصبح الأقوال في بيعه على قولين:

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٢)، الشرح الصغير (٣/ ١٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥، ٦)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٣/ ٧)، الخرشي (٥/ ٨).

(٢) كشف الأسرار (٤/ ٣٥٤).

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٢).

(٤) المجموع (٩/ ١٨١، ١٨٢).

(٥) كشاف القناع (٣/ ١٥١).

(٦) المحلى مسألة (١٥٢٣).

(٧) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٢)، شرح ميارة (٢/ ٢١)، تفسير القرطبي (٥/ ٢٠٣).

القول الأول: يرى أن السكر لا يمنع من صحة البيع، ولو ذهب عقله بالكلية، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: يرى أن السكر مانع من صحة البيع، حتى ولو لم يذهب العقل بالكلية، وهذا مذهب المالكية.

❑ دليل من قال: لا ينعقد بيع السكران.

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣].

وجه الاستدلال:

أن الله ﷻ لم يرتب على كلام السكران حكمًا حتى يكون عالمًا بما يقول، فدل على أنه لا عبرة بالعقود التي يعقدها السكران حال سكره.

الدليل الثاني:

(ح-٣٧) ما رواه مسلم من طريق سليمان بن بريدة، عن أبيه، قال: جاء ماعز بن مالك إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله طهرني، فقال: **ويحك: ارجع فاستغفر الله، وتب إليه**، حتى إذا كانت الرابعة، قال له رسول الله ﷺ: **فيم أطهرك؟** فقال: من الزنا، فسأل رسول الله ﷺ: **أبه جنون؟** فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: **أشرب خمرًا؟** فقام رجل فاستنكهه، فلم يجد منه ريح الخمر... الحديث[1].

---

(١) صحيح مسلم (٢٢ - ١٦٩٥).

وجه الاستدلال:

لم يؤاخذ الرسول ﷺ ماعزًا حتى علم أنه ليس بمجنون، ولم يشرب الخمرة، فدل على أن المجنون والسكران لا عبرة لأقوالهم.

الدليل الثالث:

(ح-٣٨) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد، عن محمد ابن إبراهيم، عن علقمة بن وقاص، عن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **الأعمال بالنية، ولكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها، أو امرأة يتزوجها، فهجرته إلى ما هاجر إليه**(١).

وجه الاستدلال:

أن الحديث بين بقوله ﷺ: «**الأعمال بالنية**» أن العمل لا يقع إلا بالنية.

وبين ﷺ بقوله: «**ولكل امرئ ما نوى**» أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه. وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود(٢).

فالحكم إنما يتوجه على العاقل المختار العامد الذاكر...؛ لأن غير العاقل المختار لا نية له فيما يقول أو يفعل، والسكران لا ينوي ما يفعل، ولا يعلم ما يقول بنص القرآن، ولذلك ترجم البخاري في صحيحه: (باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما...) فجمع البخاري رحمه السكران مع المجنون ممن لا نية له(٣).

---

(١) صحيح البخاري (٥٤)، و مسلم (١٩٠٧).

(٢) انظر إعلام الموقعين (٣/ ١١١).

(٣) فتح الباري (٩/ ٣٨٩).

الدليل الرابع:

(ح-٣٩) ما رواه أبو داود من طريق سفيان، ثنا عطاء بن السائب، عن **أبي عبد الرحمن السلمي عن علي بن أبي طالب ﷺ، أن رجلا من الأنصار دعاه وعبد الرحمن بن عوف، فسقاهما قبل أن تحرم الخمر، فأمهم علي في المغرب، فقرأ قل يا أيها الكافرون فخلط فيها فنزلت** ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣][(١)].

وفي رواية الترمذي بين هذا التخليط بحيث قرأ: ونحن نعبد ما تعبدون[(٢)].

[مداره على عطاء بن السائب وفيه اختلاف في إسناده ومتنه][(٣)].

---

(١) سنن أبي داود (٣٦٧١).

(٢) سنن الترمذي (٣٠٢٦).

(٣) رجاله ثقات إلا عطاء بن السائب فإنه صدوق، ورواية سفيان عنه قبل اختلاطه، والحديث مداره على عطاء بن السائب، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي بن أبي طالب.

واختلف فيه على عطاء:

فرواه سفيان كما في إسناد الباب، وسنن أبي داود (٣٦٧١)، وتفسير الطبري (٤/ ٩٧)، ومشكل الآثار للطحاوي (٤٧٧٦)، ومستدرك الحاكم (٢/ ٣٣٦) و(٤/ ١٥٩)، والأحاديث المختارة للمقدسي (٥٦٧).

وأبو جعفر الرازي كما في سنن الترمذي (٣٠٢٦)، وتفسير ابن أبي حاتم (٥٣٥٢)، ومسند البزار (٥٩٨)، ومسند عبد بن حميد كما في المنتخب (٨٢)، والأحاديث المختارة للمقدسي (٥٦٦).

كلاهما، عن عطاء بن السائب، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي.

ورواه حماد وخالد بن عبد الله الطحان فأرسلاه.

فقد رواه الطبري في تفسير (٤/ ٩٨) من طريق حماد.

ورواه الحاكم في المستدرك (٤/ ١٥٩) من طريق خالد بن عبد الله، كلاهما عن عطاء، عن أبي عبد الرحمن أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعامًا.. وذكر الحديث.

وقال المنذري كما في مختصر السنن (٥/ ٢٥٩): وقد اختلف في إسناده ومتنه، فأما =

وجه الاستدلال:

لو كان السكران مؤاخذًا بما يقول للزم من ذلك كفر من قال مثل تلك المقالة، فلما لم يؤاخذ بما يستوجب الكفر لم يؤخذ بما دونه من الأقوال والأفعال، والله أعلم.

الدليل الخامس:

(ح-٤٠) روى الشيخان من حديث علي رضي الله عنه **أن حمزة رضي الله عنه حين شرب الخمرة، واعتدى على ناقتي علي رضي الله عنه فجب أسنمتهما، وبقر خواصرهما، فشكاه علي إلى رسول الله ﷺ، فذهب رسول الله ﷺ إلى حمزة، وتغيظ عليه، فقال: وهل أنتم إلا عبيد لآبائي، فعرف أنه ثمل...** الحديث اختصرته من حديث طويل[١].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ لم يؤاخذ حمزة في حال سكره، واعتبر كلامه لاغيًا، وكذلك يقاس عليه بقية أقواله.

= الاختلاف في إسناده فرواه سفيان الثوري، وأبو جعفر الرازي، عن عطاء بن السائب مسندًا. ورواه سفيان بن عيينة، وإبراهيم بن طهمان، وداود بن الزبرقان، عن عطاء بن السائب، فأرسلوه.
وأما الاختلاف في متنه، ففي كتاب أبي داود والترمذي ما قدمناه (يعني أن الذي صلى بهم علي رضي الله عنه) وفي كتابي النسائي وأبي جعفر النحاس أن المصلي بهم عبد الرحمن بن عوف، وفي كتاب أبي بكر البزار: أمروا رجلًا فصلى بهم، ولم يسمه، وفي حديث غيره فتقدم بعض القوم.
وقد قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقد اختلف فيه على عطاء بن السائب من ثلاثة أوجه، هذا أولها وأصحها، يعني طريق وكيع، عن سفيان، عن عطاء.
وانظر إتحاف المهرة (١٤٤٥٦).

(١) البخاري (٢٠٨٩)، ومسلم (١٩٧٩).

الدليل السادس:

(ث- ٣) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: نا وكيع، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن أبان بن عثمان عن عثمان قال: **كان لا يجيز طلاق السكران والمجنون، قال: وكان عمر ابن عبد العزيز يجيز طلاقه، ويوجع ظهره حتى حدثه أبان بذلك**[(١)].

[إسناده صحيح][(٢)].

□ دليل من قال يصح بيع السكران وشراؤه.

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣].

وجه الاستدلال:

أن خطاب الله للسكران دليل على التكليف، فلو كان بمنزلة المجنون لما صح أن يقال له: إذا سكرت فلا تقرب الصلاة.

قال أحمد في السكران: «ليس بمرفوع عنه القلم، وقال: وكذا كان الشافعي يقول: وجدت السكران ليس بمرفوع عنه القلم»[(٣)].

---

(١) المصنف (١٧٩٧٣).

(٢) ورواه عبد الرزاق في المصنف (١٢٣٠٨) عن ابن أبي ذئب به.
وقال في آخره: وذكره عبد الوهاب عن الثوري عن ابن أبي ذئب.
ورواه البخاري معلقًا بصيغة الجزم، في كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره.

(٣) مسائل أحمد رواية عبد الله رقم (١٥٠٤).

وأجيب:

بأن معنى الآية: لا تشربوا الخمر إذا دنى وقت الصلاة حتى لا تقربوها وأنتم سكارى، وقد ورد أنهم بعد نزول هذه الآية يشربون الخمرة بعد العشاء، فلا يصبحون إلا وقد زال عنهم السكر، وصاروا يعلمون ما يقولون، حتى نزل تحريمها في آية المائدة في قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠، ٩١][١].

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فلم يستثن السكران من غيره، فدل إطلاق الآية على وقوع طلاق السكران، وإذا اعتبر قوله في الطلاق اعتبر قوله في سائر العقود.

الدليل الثالث:

(ث-٤) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: نا وكيع، عن جرير بن حازم، عن الزبير بن الخريت، عن أبي لبيد **أن عمر أجاز طلاق السكران بشهادة النسوة**[٢].

[إسناده منقطع][٣].

---

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٢٠٣).

(٢) المصنف (١٧٩٦٨).

(٣) جاء في تهذيب الكمال (٢٤/ ٢٥١): «قال الفضل بن غسان الغلابي: لم يلق أبو لبيد عمر ابن الخطاب، ولكنه لقي علي بن أبي طالب، وكعب بن سوار».

وقال ابن كثير: «لم يلق أبا بكر وعمر، وإنما له رؤية لعلي، وإنما يحدث عن كعب بن سوار وضربه من الرجال، وهو من الثقات». انظر الجامع الكبير للسيوطي (١٠٦٧).

وانظر كلام أهل الجرح والتعديل فيه في كتابي الحيض والنفاس رواية ودراية (٢٠٢).

الدليل الرابع:

قالوا: صححنا عقد السكران، وإن كان غير مكلف لأنه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب الذي هو خطاب الوضع[١].

ويجاب:

لو صح هذا الكلام لصح عقد المجنون والنائم ونحوهما، فإذا لم يصح عقد المجنون لكونه غير مكلف، لم يصح عقد السكران للعلة نفسها، ولأن من شروط البيع أن يكون البائع قاصدًا للبيع مختارًا له راضيًا به، وهذا لا يتحقق وجوده مع السكر.

الدليل الخامس:

(ث -٥) ما رواه مالك، عن ثور بن زيد الديلي أن **عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب نرى أن تجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى أو كما قال فجلد عمر في الخمر ثمانين**[٢].

وجه الاستدلال:

أن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف، حيث قبلوا ما قاله علي رضي الله عنه، وفيهم عمر رضي الله عنه، فدل على أن أقواله وأفعاله معتبرة كسائر تصرفاته.

ويجاب على هذا:

بأن عمر رضي الله عنه أراد أن يزيد في عقوبة الخمر لردع من يشربها، فقال علي رضي الله عنه

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ١٤).
(٢) الموطأ (٢/ ٨٤٢).

ما قال، وفي صحيح مسلم (**استشار عمر الناس، فقال عبد الرحمن ابن عوف: أخف الحدود ثمانين، فأمر به عمر**)[١].

وقد يسكر الرجل ولا يهذي، وقد يهذي ولا يفتري، فلا يعاقب الشخص عقوبة القذف لمظنة أن يصدر منه ذلك، وإنما كلام عبد الرحمن بن عوف ألحقه بأخف الحدود، وهو ثمانون جلدة، والله أعلم.

الدليل السادس:

أنه أزال عقله بنفسه بما هو معصية لله، فتؤخذ عليه تصرفاته عقوبة، وزجرًا له عن ارتكاب المعاصي.

ويجاب عنه:

بأن يقال: نعم قد عصى الله في شربه للخمر، وله على ذلك عقوبة مقدرة في الدنيا، على خلاف هل هي حد أو تعزير، وهو في الآخرة إن لم يتب تحت المشيئة، إن شاء الله غفر له، وإن شاء عاقبه، وليس ذلك بموجب إلزامه حكمًا زائدا لم يلزمه الله تعالى إياه[٢].

□ الراجح:

القول بأن أقوال السكران لغو، وأنه لا يصح منه بيع ولا شراء، ولا عتق، ولا طلاق ولا غيرها هو الأقرب للصواب، والموافق لقواعد الشرع.



(١) مسلم (١٧٠٦).

(٢) انظر المحلى مسألة (١٥٢٣).

المبحث السادس
في بيع السفيه

الفرع الأول
في تعريف السفه

❑ **تعريف السفه(١)**:

السفه في الاصطلاح: السفه ضد الرشد، قال الحنفية في تعريفه: خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل(٢).

وقال الباجي المالكي: «وأما السفيه فهو الذي لا معرفة له بحفظ ماله، ووجه إصلاحه. . .»(٣).

---

(١) سَفِهَ سَفَهًا مِنْ بَابِ تَعِبَ، وَسَفُهَ بِالضَّمِّ من باب كرم، سَفَاهَةً فَهُوَ سَفِيهٌ. وَالأُنْثَى سَفِيهَةٌ، وَالْجَمْعُ سُفَهَاءُ.
وَالسَّفَهُ: نَقْصٌ فِي الْعَقْلِ، وَأَصْلُهُ الْخِفَّةُ. وَسَفِهَ الْحَقَّ جَهِلَهُ.
وَسَفَّهْتُهُ تَسْفِيهًا: نَسَبْتُهُ إلَى السَّفَهِ. أَوْ قُلْتُ لَهُ: إنَّهُ سَفِيهٌ.
وقد سَفِهَ حِلْمَه ورأْيَه ونَفْسَه سَفَهًا سَفاهًا سَفاهة: حمله على السَّفَهِ.
وقال بعضهم: سَفُه وهي قليلة.
وقوله: سَفِهَ نَفْسَهُ، وغَبِنَ رَأْيَه، وبَطِرَ عَيْشَه، وأَلِمَ بَطْنَه، ووَفِقَ أَمْرَه، ورَشِدَ أَمْرَه، كان الأَصلُ سَفِهَتْ نفسُ زيد ورَشِدَ أَمْرُه فلما حُوِّل الفعل إلى الرجل انتصب ما بعده بوقوع الفعل عليه؛ لأَنه صار في معنى سَفَّهَ نَفْسَه بالتشديد؛ هذا قول البصريين والكسائي.
انظر لسان العرب (١٣/ ٤٩٧).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٣٩).

(٣) المنتقى (٦/ ١٠٧)، وبقية كلام الباجي: «وهل يراعى في ذلك أن يكون معه فسق في دينه أم لا؟
=

[م - ٨٩] فالسفه في الاصطلاح اختلف الفقهاء في تفسيره على قولين:

القول الأول:

أنه إساءة التصرف في المال، ولا أثر للفسق والعدالة فيه. ويقابله الرشد، وهو إصلاح المال وتنميته، وعدم تبذيره. وهذا تعريف الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وقول مرجوح عند الشافعية(١).

القول الثاني:

وهو الراجح عند الشافعية(٢)، وقول للإمام أحمد: أن السفيه: هو الفساد في الدين والمال معًا.

فالفساد في المال يكون بالتبذير والإسراف فيه.

والفساد في الدين: أن يكون ساقط العدالة، وذلك يكون بترك الواجبات، وارتكاب المحرمات، والإصرار عليها.

= قال أشهب: لا ينظر إلى سفهه في دينه إذا كان لا يخدع في ماله، وبه قال ابن القاسم. وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المولى عليه لا يدفع إليه ماله حتى يحكم به بالرشد في الحال والمآل، وهذا عندنا في إزالة الحجر عنه وأما في رده إلى الحجر فلا يراعى فيه فسقه وهو قول المدنيين من أصحابنا وقول الحسن البصري.
وجه قول أشهب أن الصلاح في الدين معنى لا يراعى في الحجر عليه فلم يراع في حفظه كحفظ القرآن، ووجه قول ابن الماجشون أن الصلاح في الدين أولى بالاعتبار، وبه يعلم إصلاحه للمال».

(١) بدائع الصنائع (٧/ ١٧٠)، أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٩٣)، كشف الأسرار (٤/ ٣٦٩)، العناية شرح الهداية (٩/ ٢٥٩)، فتح القدير (٩/ ٢٥٩)، البحر الرائق (٨/ ٩١)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥١٩)، مواهب الجليل (٥/ ٦٤)، التاج والإكليل (٥/ ٥٩)، المغني (٤/ ٣٠١).

(٢) الأم (٣/ ٢١٥)، حاشية الجمل (٣/ ٣٣٩، ٣٤٠)، تحفة المحتاج (٥/ ١٦٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٦٩)، السراج الوهاج (ص٢٣٠).

واحتج الشافعي بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْغَبُ عَن مِّلَّةِ إِبْرَٰهِـۧمَ إِلَّا مَن سَفِهَ نَفْسَهُۥ﴾ [البقرة: ١٣٠].

وقال تعالى: ﴿أَلَآ إِنَّهُمْ هُمُ ٱلسُّفَهَآءُ وَلَٰكِن لَّا يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٣].

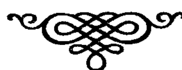
وقال تعالى: ﴿سَيَقُولُ ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٤٢]. وكل هذه الآيات هي في سفيه الدين.

وقول الجمهور أقوى، وليس الخلاف هل يطلق على الفاسق اسم السفيه أو لا، وإنما الخلاف في السفه في المال، هل يشمل السفه في الدين، فالجمهور على أنه إذا كان الرجل لا يخدع في ماله، وكان حافظًا له، فليس بسفيه، وإن كان فاسقًا. وقولنا: ليس بسفيه يعني في ماله، وإن كان سفيهًا في دينه.

وقد سبق لنا أن الصحيح في الرشد أنه يختلف من مقام لآخر.

فالرشد في ولي النكاح مثلًا: معرفته بالكفء، ومصالح النكاح، وليس له علاقة بحفظ المال.

والرشد في المال: هو حفظه وإصلاحه، ولا يدخل فيه الرشد في الدين، ولو كان صلاح الدين شرطًا في الرشد لوجب الحجر على المنافقين والمبتدعة، بل يجب الحجر على كل من اغتاب مسلمًا ولم يتب من هذه المعصية وذلك لارتكابه كبيرة من كبائر الذنوب، ويجب الحجر على كل من كذب في بيعه، أو غش فيه.



الفرع الثاني
في حكم بيع السفيه

إذا بلغ الصبي، فإما أن يكون قد بلغ رشيدًا فيدفع إليه ماله بالاتفاق[١]، وإما أن يكون السفه قد استمر معه بعد البلوغ فيمنع عنه ماله باتفاق العلماء.

[م - ٩٠] فإن تصرف في ماله في هذه الحالة، فاختلف العلماء في حكم تصرفه على قولين:

القول الأول:

يرى أبو حنيفة أن تصرفه نافذ، لأنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل، وإن كان سفيهًا.

فإن قيل: كيف يجوز تصرفه فيه، وهو ممنوع من قبضه؟

قيل: إن مثل ذلك لا يمنع، ألا ترى أن المبيع في يد البائع يمنع المشتري من قبضه قبل تسليم الثمن، ولو أعتقه جاز[٢].

---

(١) شرح الزركشي (٤/ ٩٢).

(٢) الجوهرة النيرة (١/ ٢٤٢)، بدائع الصنائع (٧/ ١٦٩ - ١٧١)، وقال الجصاص في أحكام القرآن (١/ ٦٦٨):

«كان أبو حنيفة رضي الله عنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل لا لسفه، ولا لتبذير، ولا لدين وإفلاس، وإن حجر عليه القاضي، ثم أقر بدين، أو تصرف في ماله ببيع، أو هبة، أو غيرهما جاز تصرفه، وإن لم يؤنس منه رشد...».

وقال في العناية شرح الهداية (٩/ ٢٥٩): «قال أبو حنيفة: لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه، وتصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذرًا مفسدًا، يتلف ماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة، كالإلقاء في البحر، والإحراق بالنار».

القول الثاني:

ذهب المالكية والحنابلة إلى أن تصرفه لا يصح إلا بإذن وليه كالصبي المميز[(١)].

القول الثالث:

ذهب الشافعية أن تصرفه باطل مطلقًا أذن له وليه، أو لم يأذن له[(٢)].

[م - ٩١] وإذا بلغ سفيهًا ومنعنا عنه ماله، فمتى يدفع إليه ماله؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

---

(١) قال في المدونة (٥/ ٢٢٠، ٢٢١): «قال مالك: لو خضب بالحناء ولم يؤنس منه الرشد، لم يدفع إليه ماله، ولم يجز له في ماله بيع، ولا شراء، ولا هبة، ولا صدقة، ولا عتق، حتى يؤنس منه الرشد، وما وهب، أو تصدق، أو أعطى قبل أن يؤنس منه الرشد، ثم أنس منه الرشد فدفع إليه ماله، قال مالك: لا يلزمه ذلك العتق، ولا تلك الصدقة، ولا تلك الهبة بقضاء، ولكنه إن فعل ذلك من عند نفسه، فأجاز ما كان صنع فذلك جائز».
وقال في القوانين الفقهية (ص١٦٣): «ويشترط في البائع أن يكون رشيدًا، فإن بيع السفيه والمحجور عليه لا ينفذ، وشراؤه موقوف على نظر وليه».
وانظر الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٤)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٣٨٤)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٤)، حاشية العدوي (٢/ ٢٤٦)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٤٥)، منح الجليل (٦/ ٨٩).
وفي مذهب الحنابلة، قال المرداوي (٤/ ٢٦٧): «قوله: إلا الصبي المميز والسفيه فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما في إحدى الروايتين، وهي المذهب وعليه الأصحاب».
وانظر شرح الزركشي (٤/ ٩٢)، الفروع (٤/ ٣١٨)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٠).

(٢) الأم (٣/ ٢١٨)، وقال في أسنى المطالب (٢/ ٢٠٩): «ولا يصح من السفيه المحجور عليه شرعًا، أو حسًا عقد مالي، كالبيع والشراء ولو بغبطة... ولو بإذن الولي أو الموكل».
وانظر شرح البهجة للأنصاري (٣/ ١٢٥)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٧٧، ٢٧٨)، تحفة المحتاج (٥/ ١٧٠، ١٧١)، المنثور في القواعد (٢/ ٢٠٤).

القول الأول:

يدفع إليه ماله إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة، حتى لو استمر معه السفه، وهو مذهب أبي حنيفة.

القول الثاني:

لا يدفع إليه ماله، ولو بلغ مائة سنة حتى يؤنس منه الرشد، وهذا مذهب الجمهور.

[م - ٩٢] وأما إذا بلغ الصبي رشيدًا ثم طرأ عليه السفه:

فيرى أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز الحجر عليه مطلقًا، فلا يمنع عنه ماله.

ويرى الجمهور إلى أنه يعود إليه الحجر(١).

□ أدلة أبي حنيفة على التفريق بين اتصال السفه بالبلوغ، وبين أن يبلغ رشيدًا، ثم يطرأ عليه السفه:

الدليل الأول:

أما الدليل على منع المال منه عند البلوغ إذا لم يؤنس منه الرشد بقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فإذا لم يوجد منه رشد بعد البلوغ لم يدفع المال إليه، لبقاء أثر الصبا عليه، وبقاء أثره كبقاء عينه.

وهذا الكلام جيد إلا أن أبا حنيفة يرى أنه لا يدفع له المال في الوقت الذي يصحح له تصرفه فيه، وأي فائدة في ذلك إذ كنا نمنع عنه المال، ونطلق له التصرف فيه، وإنما لم ندفع له المال من أجل حفظه وصيانته عن التبذير، فإذا أطلق له التصرف انتفت الحكمة من منعه ماله.

(١) الفروع (٤/ ٣١٨)، وانظر ما سبق من العزو في كتب الأئمة الفقهاء.

الدليل الثاني:

استدل أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ على أنه إذا كبر لم يحجر عليه مطلقًا سواء كان سفيهًا أو غير سفيه، ومثله إذا طرأ عليه السفه بعد إيناس الرشد بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾ [النساء: ٦]، معناه مخافة أن يكبروا، فيلزمكم دفع المال إليهم، ودفع المال إليهم هنا مطلق غير معلق بشرط الرشد.

ويجاب عن استدلاله:

بأن يقال: الأصل في الكبير أن يكون راشدًا، وأن تكون أهليته مكتملة، فالآية سيقت بناء على الأصل، فالسفه عارض، وهو حالة مرضية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم تسق الآية في معرض بيان متى يدفع المال لليتيم، وإنما كانت الآية متوجهة إلى تناول الأولياء لمال اليتيم، فنهاهم سبحانه عن أكل مال اليتيم في حالتين: في حالة الإسراف، وفي حالة تقصد مبادرة الأخذ، استغلالًا لوقت الولاية، مخافة أن يصل اليتيم إلى سن الرشد الذي يجب أن يستلم فيه ماله.

الدليل الثالث:

(ح - ٤١) ما رواه البخاري من طريق عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، أن رجلًا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: **إذا بايعت فقل: لا خلابة**[(١)].

الدليل الرابع:

(ح-٤٢) ما رواه أحمد، قال: حدثنا عبد الوهاب، أخبرنا سعيد، عن قتادة

(١) صحيح البخاري (٢١١٧)، ورواه مسلم (١٥٣٣).

عن أنس: أن رجلًا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع، وكان في عقدته - يعني عقله - ضعف، فأتى أهله النبي ﷺ، فقالوا: يا نبي الله احجر على فلان؛ فإنه يبتاع، وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ، فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع، فقال ﷺ: **إن كنت غير تارك البيع، فقل هاء وهاء، ولا خلابة**(١). [صحيح](٢).

فلم يحجر عليه الرسول ﷺ ماله، وأباح له التصرف فيه، ولو كان الحجر واجبًا لما تركه النبي ﷺ يبيع، وهو مستحق المنع منه.

❑ وأجيب عن هذا الحديث بأجوبة منها:

الجواب الأول:

بأن هذه قضية عين لا عموم لها، وأن النبي ﷺ لم ينكر عليهم طلب الحجر، ولكن خصه بهذا الحكم بعد أن قال: لا أصبر عن البيع، فلا يقاس عليه غيره(٣).

---

(١) المسند (٣/ ٢١٧).

(٢) رجاله ثقات إلا عبد الوهاب بن عطاء فإنه صدوق لا بأس به، وقد سمع من سعيد قبل اختلاطه، وقال أحمد عنه: كان عالمًا بسعيد، وسعيد بن أبي عروبة من أثبت أصحاب قتادة.

انظر حاشية الكواكب النيرات (ص٢٠٨، ٢٠٩)، وقد توبع عبد الوهاب بن عطاء.

والحديث رواه أبو داود (٣٥٠١)، وأبو يعلى (٢٩٥٢)، وابن الجارود (٥٦٨)، وابن حبان (٥٠٤٩، ٥٠٥٠)، والدارقطني (٣/ ٥٥)، والحاكم (٤/ ١٠١)، والبيهقي ٠٦/ ٦٢) من طريق عبد الوهاب بن عطاء به.

وتابع عبد الأعلى بن عبد الأعلى عبد الوهاب متابعة تامة، كما في سنن ابن ماجه (٢٣٥٤) والترمذي (١٢٥٠)، والنسائي (٤٤٨٥).

(٣) تفسير القرطبي (٥/ ٣٧، ٣٨).

ويجاب:

بأنه لا يوجد أحد يخص عينه بحكم من الأحكام، وإنما الاختصاص بالوصف، فقد يقال: إن الحجر ليس بواجب؛ لأن الرسول ﷺ أقرهم على طلبهم الحجر، ولم يجعله لازمًا، وعالج الأمر باشتراط عدم الخديعة.

الجواب الثاني:

أن الغبن ربما كان يسيرًا، ولذلك لم يحجر عليه الرسول ﷺ، قال الخطابي: «وهذا الحديث إنما جاء في قصة حبان بن منقذ، ولم يذكر صفة سفهٍ، ولا إتلافًا لماله، وإنما جاء أنه كان يخدع في البيع، وليس كل من غبن في شيء يجب أن يحجر عليه، وللحجر حد، فإذا لم يبلغ ذلك الحد لم يستحق الحجر»(١).

ويجاب عن ذلك:

بأن الغبن اليسير لا يكاد ينفك عنه أحد، ولو حكمنا برد البيع لوجود الغبن اليسير ما نفذ بيع أبدًا، وإنما يرد البيع بوجود الغبن الفاحش(٢)، وقد ترك الرسول ﷺ الاستفصال هل كان الغبن يسيرًا أو فاحشًا؟ وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال.

الجواب الثالث:

ربما أذن له الرسول ﷺ في البيع؛ لأنه لم يكن محجورًا عليه، فيكون سفيهًا مهملًا، والمنع إنما يكون على السفيه المحجور عليه.

ويجاب:

بأن أهله قد طلبوا الحجر عليه من الرسول ﷺ، ومع ذلك لم يحجر عليه،

---

(١) معالم السنن (٥/ ١٤١).

(٢) انظر أحكام القرآن لابن العربي (٤/ ٢٦١).

وأذن له بالتصرف، وأرشده إلى الاشتراط، مع أن أسباب الحجر قائمة، وهي ضعف العقل، مع كون هذا الضعف مؤثرًا في كونه يخدع في البيع.

الجواب الرابع:

وقيل من الأجوبة: إن الرسول ﷺ لم يرض له البيع إلا باشتراط عدم الغبن، فإذا انتفى الغبن بالشرط لم يكن للحجر معنى.

ونوقش هذا:

قال الجصاص: ليرض القائلون بالحجر منا على ما رضيه النبي ﷺ لهذا السفيه الذي كان يخدع في البيع، وليس أحد من الفقهاء يشترط ذلك على السفهاء، لا من القائلين بالحجر، ولا من نفاته؛ لأن من يرى الحجر يقول: يحجر عليه الحاكم، ويمنعه من التصرف، ولا يرون إطلاق التصرف له مع التقدمة إليه بأن يقول عند البيع: لا خلابة. ومبطلو الحجر يجيزون تصرفه على سائر الأحوال[(١)].

وقد يقال: ليس كل محجور عليه مولعًا بالبيع، لا يستطيع أن يمنع نفسه منه، فالأصل في الحجر أنه يمنع المحجور من التصرف، لكن لو كان المحجور بمثل حبان بن منقذ، لا يستطيع أن يمنع نفسه من البيع، وقول الصحابي: أنه لا يستطيع دليل على غلبة هذا الأمر على نفسه، وأن في منعه من ذلك أذى لا يمكن أن يتحمله، فإنه يمكن أن يعالج هذا بهذا العلاج النبوي، وهو اشتراط عدم الخديعة، والله أعلم.

الدليل الخامس لأبي حنيفة:

يمكن أن يستدل لأبي حنيفة: بأن السفيه البالغ أهليته كاملة فيما يتعلق بحقوق

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٧١).

الله تعالى، فلا يسقط عنه صلاة، ولا صيام، ولا زكاة، ولا حج، وذمته صالحة لأن تكون مشغولة بالتكاليف، مع أن حق الله مبني على المسامحة.

قال القرافي في الذخيرة: «السفيه البالغ يلزمه جميع حقوق الله تعالى التي أوجبها على عباده في بدنه وماله...»[١]، فإذا وجب عليه حقوق الله تعالى فالتصرف في ماله أخف، أرأيت الصبي الذي لم يبلغ لا يجب عليه شيء من حقوق الله، وإذا تصرف بإذن وليه جاز، فلما كان السفيه مكلفًا في حقوق الله دل على أن أهليته كاملة لأن يتصرف في ماله بيعًا وشراء ونحوهما.

الدليل السادس:

بأن الحجر على الحر البالغ العاقل إهدار لآدميته، وإلحاق له بالبهائم، وهو أشد ضررًا من التبذير، أو من الضرر اللاحق بالغرماء، ولا يجوز تحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى[٢].

ويجاب:

بأن الحجر عليه مراعاة لمصلحته، فإنه لو ترك له التصرف أهلك ماله، فدفعه إلى الحاجة، فإذا حفظ ماله، وأنفق عليه منه على قدر حاجته لم يحتج لأحد، واستغنى عن الناس بماله.

❑ دليل أبي حنيفة على دفع المال إليه إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة ولو كان سفيهًا:

أن الحجر عليه إن كان من قبيل التعزيز على تبذيره المال، فإنه إذا بلغ خمسًا

---

(١) الذخيرة (٨/ ٢٤٧، ٢٤٨)، وانظر مواهب الجليل (٥/ ٦١).

(٢) انظر المبسوط (٢٤/ ١٦٠، ١٦١، ١٦٣).

وعشرين سنة فقد انقطع رجاء التأديب؛ لأنه يتوهم أن يصير جَدًا في هذه المدة[١].

وإن كان المنع مراعاة لمصلحته، فإن الإنسان في أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه لقربه بزمان الصبا، وبعد تطاول الزمان به لا بد من أن يستفيد رشدًا ما، بطريق التجربة والامتحان؛ إذ التجارب لقاح العقول، والشرط قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وكلمة: (رشد) نكرة في سياق الشرط، فتعم أي رشد، ويتحقق بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما في سائر الشروط المنكرة فسقط المنع أي منع المال بوجود هذا النوع من الرشد[٢].

❑ دليل الجمهور على الحجر على السفيه مطلقًا، اتصل بالبلوغ أو طرأ بعده

الدليل الأول:

استدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فدفع المال للصبي موقوف على تحقق شرطين:

الأول: البلوغ، فلا يدفع إليه ماله قبله.

الثاني: إيناس الرشد منه.

(ث - ٦) وقد روى مسلم في صحيحه من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه **«عن يزيد بن هرمز أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله، عن خمس خلال، وفيه: وكتبت تسألني متى ينقضي يتم اليتيم، فلعمري إن الرجل لتنبت لحيته، وإنه**

---

(١) على أساس أن أدنى مدة للبلوغ عند أبي حنيفة اثنا عشر عامًا، وأدنى مدة للحمل ستة أشهر، شرح العناية للبابرتي (٧/ ٣١٦).

(٢) انظر كشف الأسرار شرح أصول البزدوي - عبد العزيز البخاري (٤/ ٣٧٠).

لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس، فقد ذهب عنه اليتم...»[(١)].

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥].

فنهينا أن نعطي السفيه المال، وهو مطلق يشمل السفه المتصل بالبلوغ، والسفه الذي عاد إليه بعد أن كان رشيدًا.

الدليل الثالث:

قال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الاستدلال:

قال الشافعي: أثبت الولاية على السفيه والضعيف والذي لا يستطيع أن يمل هو، وأمر وليه بالإملاء عليه؛ لأنه أقامه فيما لا غناء به عنه من ماله مقامه[(٢)].

ونوقش هذا الاستدلال:

بأن شيخ المفسرين الطبري رحمه الله قد رجح أن السفيه هنا هو الجاهل، وبين في تفسيره أن السفه في لغة العرب يأتي بمعنى الجهل، واستدل على ذلك، بأن الله تبارك وتعالى ابتدأ الآية بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢].

والصبي والسفيه لا يجوز مداينته، وقد استثنى الله ثلاثة أشياء من الإملال، وهم السفيه والضعيف والذي لا يستطيع أن يمل هو، وهؤلاء الثلاثة أشخاص

---

(١) صحيح مسلم (١٨١٢).

(٢) الأم (٣/ ٢١٨).

مختلفون وليسوا صنفًا واحدًا، وكلهم تجوز مداينتهم، ولكنهم لا يستطيعون توثيق هذا الدين بالكتابة، فصار السفيه: هو الجاهل بالإملال، فوضع عنه فرض الإملال بجهله موضع صواب ذلك من خطئه.

والموصوف بالضعف: هو العاجز عن إملاله، إما لعي لسانه أو خرس به، وإن كان شديدًا رشيدًا.

وأن الموصوف بأنه لا يستطيع أن يمل هو: الممنوع عن إملاله إما لغيابه أو لحبسه ونحوهما.

والولي هنا ليس ولي السفيه ومن ذكر معه، وإنما المقصود ولي الحق.

قال الطبري: ولا وجه لقول من زعم أن السفيه في هذا الموضع: هو الصغير، وأن الضعيف: هو الأكبر الأحمق؛ لأن ذلك إن كان كما قال: يوجب أن يكون قوله أو لا يستطيع أن يمل هو: هو العاجز من الرجال العقلاء الجائزي الأمر في أموالهم وأنفسهم عن الإملال، إما لعلة بلسانه من خرس أو غيره من العلل وإما لغيبته عن موضع الكتاب، وإذا كان ذلك كذلك بطل معنى قوله: فليملل وليه بالعدل؛ لأن العاقل الرشيد لا يولى عليه في ماله، وإن كان أخرس أو غائبًا، ولا يجوز حكم أحد في ماله إلا بأمره[1].

الدليل الرابع:

(ث -٧) ما رواه الدارقطني، قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن الحسن الصواف، أخبرنا حامد بن شعيب نا سريج بن يونس، أخبرنا يعقوب ابن إبراهيم - هو أبو يوسف القاضي - نا هشام بن عروة عن أبيه **أن عبد الله بن جعفر أتى الزبير، فقال: إني اشتريت بيع كذا وكذا، وأن عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين**

(١) تفسير الطبري (٣/ ١٢١).

فيسأله أن يحجر على فيه، فقال الزبير: فأنا شريكك في البيع، فأتى على عثمان فقال: إن ابن جعفر اشترى بيع كذا وكذا، فأحجر عليه فقال الزبير: فأنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل في بيع شريكه فيه الزبير[١].

[أعله أحمد بتفرد أبي يوسف فيه][٢].

---

(١) سنن الدراقطني (٤/ ٢٣١).

(٢) رجاله كلهم ثقات إلا أبا يوسف يعقوب بن إبراهيم، فقد اختلف فيه أهل الجرح والتعديل، والذي ترجح لي في حاله أنه صدوق، وقد نقلت كلام أهل العلم فيه في كتابي الحيض والنفاس رواية ودراية (٣/ ١١٢٣، ١١٢٤).

فشيخ الدارقطني محمد بن أحمد بن الحسن الصواف ثقة، له ترجمة في تاريخ بغداد (١/ ٢٨٩).

وحامد بن شعيب البلخي ثقة أيضًا، له ترجمة في تاريخ بغداد (٨/ ١٦٩).

وقد روى الأثر من هو أعلى إسنادًا من الدارقطني إلا أن إسناد الدارقطني وإن نزل فإنه أحسنها، والله أعلم.

فقد رواه الشافعي في الأم (٣/ ٢٢٠) قال: أخبرنا محمد بن الحسن أو غيره من أهل الصدق في الحديث، أو هما، عن يعقوب بن إبراهيم، عن هشام بن عروة.. وذكر الأثر.

ورواه عبد الرزاق (١٥١٧٦) قال: أخبرني رجل، سمع هشام بن عروة، يحدث عن أبيه، قال: ... فذكره.

ورواه عبد الله بن أحمد كما في العلل ومعرفة الرجال (٣/ ٣٧١) ومن طريقه رواه البيهقي (٦/ ٦١) والخطيب في تاريخ بغداد (١٤/ ٢٤٢) عن عمرو الناقد، قال: أخبرنا أبو يوسف القاضي به. ورجاله إلى أبي يوسف ثقات.

قال أحمد كما في العلل ومعرفة الرجال (٥٦٣٠): لم نسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي». يشير إلى إعلاله بالتفرد.

وجاء في تلخيص الحبير (٣/ ٤٣): قال البيهقي: «يقال: إن أبا يوسف تفرد به، وليس كذلك، ثم أخرجه من طريق الزبيري المدني القاضي، عن هشام نحوه... وروى أبو عبيد في كتاب الأموال عن عفان، عن حماد بن زيد، عن هشام بن حسان، عن ابن سيرين، قال: عثمان لعلي: ألا تأخذ على يد ابن أخيك - يعني عبد الله بن جعفر - وتحجر عليه، اشترى سبخة بستين ألف درهم، ما يسرني أنها لي بنعلي».

وجاء في خلاصة البدر المنير (٢/ ٨٤): «رواه الشافعي والبيهقي بإسناد حسن».

وجه الاستدلال:

قال الشافعي: «علي رضي الله عنه لا يطلب الحجر إلا وهو يراه، والزبير لو كان الحجر باطلًا قال: لا يحجر على حر بالغ، وكذلك عثمان بل كلهم يعرف الحجر»[١].

الدليل الخامس:

(ث -٨) ما رواه البخاري من طريق شعيب، عن الزهري، قال: حدثني عوف ابن مالك بن الطفيل، هو ابن الحارث، وهو ابن أخي عائشة زوج النبي ﷺ لأمها أن **عائشة حدثت أن عبد الله بن الزبير قال في بيع أو عطاء أعطته عائشة: والله لتنتهين عائشة أو لأحجرن عليها**... الحديث وفيه قصة[٢].

ففيه أن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه يرى الحجر على الكبير ولو لم يكن متصلًا بالبلوغ.

❑ الراجح:

بعد استعراض أقوال العلماء أجد أن قول الجمهور هو القول الصواب المتمشي مع القواعد، وأن الحجر ينبغي أن يدور مع علته، فإذا وجد ما يقتضي الحجر من تبذير للمال وجب الحجر عليه، سواء كان السفه متصلًا بالبلوغ، أو طرأ عليه بعد أن كان رشيدًا، فإذا زال عنه السفه، وكان بالغًا وجب دفع المال إليه، وأن بيع السفيه وشراءه موقوف على إذن وليه، والله أعلم.



(١) الأم (٣/ ٢٢٠).

(٢) صحيح البخاري (٦٠٧٣).

الشرط الثاني
أن يكون العاقد مختارًا

المبحث الأول
الفرق بين الرضا والاختيار

[م - ٩٣] يشترط في كل من العاقدين أن يكون مختارًا للعقد، اختيارًا يدل على الرضا المنافي للإكراه.

وإنما قلت: (اختيارًا يدل على الرضا المنافي للإكراه) لأنه قد جرى خلاف بين الحنفية والجمهور في التفريق بين الرضا والاختيار كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

❑ **والدليل على اشتراط الرضا (الاختيار) في العقود.**

من القرآن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

فقوله: ﴿عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ بصفة لتجارة، أي تجارة صادرة عن تراض بالعقد[١].

(ح -٤٣) ومن السنة ما رواه ابن ماجه، قال: ثنا مروان بن محمد، ثنا عبد العزيز ابن محمد، عن داود بن صالح المدني، عن أبيه، قال: سمعت أبا سعيد الخدري ﷺ يقول: قال رسول الله ﷺ: **إنما البيع عن تراض**[٢].

(١) تفسير النسفي (١/ ٢١٨).

(٢) سنن ابن ماجه (٢١٨٥).

[إسناده حسن][(١)].

---

(١) عبد العزيز بن محمد الدراوردي، وداود بن صالح صدوقان، وباقي رجال الإسناد ثقات.
وقد أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٢٧٨) وابن حبان في صحيحه (٤٩٦٧) من طريق الدراوردي به، ولفظ ابن حبان فيه قصة.
وله شاهد من حديث أبي هريرة، رواه أبو عتاب (طلق بن معاوية)، واختلف عليه فيه، فرواه محمد بن جابر كما في الكامل لابن عدي (٦/ ١٥٢)، عن طلق بن معاوية، عن أبي زرعة، قال: بايعت رجلًا في دابة، ثم قال الرجل: خيرني، فخيره الرجل ثلاثًا، يقول أبو زرعة: قد خيرت، ثم مر، فقال له الرجل: اختر. فقال له أبو زرعة: حدثني أبو هريرة، أن رسول الله ﷺ، قال: **هكذا البيع عن تراض**.
ومحمد بن جابر ضعيف.
وأخرجه أحمد (٢/ ٥٣٦)، وأبو داود (٣٤٥٨)، والترمذي (١٢٤٨)، والبيهقي (٥/ ٢٧١) والعقيلي في الضعفاء (٤/ ٣٩٠) من طريق يحيى بن أيوب، من ولد جرير، قال: سمعت أبا زرعة يذكر عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: **لا يتفرق المتبايعان عن بيع إلا عن تراض**.
وفي إسناده يحيى بن أيوب البجلي:
قال يحيى بن معين: ضعيف. الضعفاء للعقيلي (٤/ ٣٩٠).
وقال أيضًا في رواية عثمان بن سعيد عن ابن معين: ليس بشيء. المرجع السابق.
وقال في رواية الدوري: ليس به بأس. الجرح والتعديل (٩/ ١٢٧).
وذكره البخاري في التاريخ الكبير، ولم يذكر فيه شيئًا (٨/ ٢٦٠).
وذكره ابن حبان في الثقات (٧/ ٥٩٤).
وقال النسائي: صالح. تهذيب التهذيب (١١/ ١٦٣).
وقال يعقوب بن سفيان: لا بأس به. المرجع السابق.
وفي التقريب: لا بأس به.
قال العقيلي عن حديثه هذا: والحديث يروى بغير هذا الإسناد، وغير هذا اللفظ من طريق يثبت. الضعفاء للعقيلي (٤/ ٣٩٠). وهذا إشارة من العقيلي بأن هذا الطريق لا يثبت.
وخالفهما الثوري وهو أثبت منهما، فرواه عبد الرزاق كما في المصنف (١٤٢٦٧)، وابن أبي شيبة كما في المصنف (٢٢٤١٩)، عن الثوري، عن أبي عتاب (طلق بن معاوية)، عن أبي زرعة، عن أبي هريرة موقوفًا عليه. =

وإذا كان الرضا شرطًا في صحة العقد، فلا بد أن يكون الرضا خاليًا من كل ما ينافيه، كالإكراه، والغلط، والتدليس، والغبن.

كالإكراه، بحيث لو خلي المكره وسبيله لم يرض بالعقد.

والغلط بحيث لو علم من وقع في الغلط ما أقدم على التعاقد.

والتدليس على المتعاقد بحيث لو تكشفت الحقيقة للمتعاقد المدلس عليه (المخدوع) ما أقدم على التعاقد.

أو وقع في غبن فاحش، فهذه العيوب كلها تنافي الرضا، وقد سماها بعض القانونيين عيوب الإرادة، وبعضهم يسميها العيوب التي تلحق الرضا، وسوف نعرض لها بالتفصيل إن شاء الله في الفصول التالية.



= قال الدارقطني في العلل (١١/ ٢١٠): «والموقوف أشبه بالصواب».

وفيه شاهد ثان من حديث ابن أبي أوفى، رواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٢٦٤) أخبرنا عبد الله بن محرر، قال: أخبرني ثابت أبو الحجاج، عن عبد الله بن أبي أوفى، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **البيع عن تراض، والتخيير عن صفقة**.

وهذا ضعيف جدًا، عبد الله بن محرر متروك.

المبحث الثاني
في بيع المكره

الفرع الأول
في تعريف الإكراه

☐ تعريف الإكراه[١]:

الإكراه في الاصطلاح:

عرفه الحنفية بقولهم: «حمل الغير على فعل بما يعدم رضاه به، لا اختياره»[٢].

فقوله (بما يعدم رضاه به لا اختياره) هذا بناء على تفريق الحنفية بين الرضا والاختيار، وأن الإكراه غير الملجئ ينافي الرضا، ولا ينافي الاختيار؛ لأن الإنسان قد يختار الشيء وهو مكره عليه لدفع ما هو أسوأ منه، وهذه المسألة فيها خلاف بين الحنفية والجمهور، وسوف نكشف عنه فيما يأتي من الكلام إن شاء الله تعالى.

---

(١) قال في مقاييس اللغة (٥/ ١٧٢): الكاف والراء والهاء: أصل صحيح واحد يدل على خلاف الرضا والمحبة.

والإكراه: مصدر من الفعل أكره، تقول: كرهت الشيء أكرهه، كراهة، وكراهية، فهو شيء كريه، ومكروه.

والإكراه: حمل الإنسان على ما يكرهه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ [النور: ٣٣]، وقال تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

(٢) انظر درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٢٦٩).

❑ تعريف الجمهور للإكراه:

❑ تعريف الإكراه عند المالكية:

قال في التاج والإكليل: «حد الإكراه: ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب وغيره»(١).

فالضرب المؤلم يعتبر إكراهًا، بل يعتبر الصفع لذي المروءة من الإكراه.

❑ تعريف الشافعية:

قال الشافعي: الإكراه: أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان، أو لص، أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المكره يخاف خوفًا عليه دلالة أنه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم، أو أكثر منه، أو إتلاف نفسه(٢).

❑ تعريف الإكراه عن الحنابلة:

أن يكره إنسان غيره على فعل شيء، أو تركه، عن طريق التهديد بالضرب، أو منع الطعام، أو الشراب مع اضطرار إليه، أو منع الدفء في الشتاء ولياليه الباردة(٣).

إذا عرفنا ذلك، عرفنا أن الحنفية يختلفون مع الجمهور في تعريف الإكراه في مسألتين:

❑ المسألة الأولى:

ينفرد الحنفية بتقسيم الإكراه إلى نوعين:

---

(١) التاج والإكليل (٥/ ٣١٢).

(٢) الأم (٣/ ٢٧٠).

(٣) انظر مطالب أولي النهى (٦/ ١٨٨).

(أ) إكراه ملجئ، وهو الإكراه الكامل: وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه، أو على تلف عضو من أعضائه.

وهذا الإكراه ينافي الرضا، كما ينافي الاختيار، وبالتالي لا ينعقد البيع؛ لأن الاختيار الذي هو شرط لانعقاد البيع لم يوجد، فضلًا أن يوجد الرضا الذي هو شرط الصحة.

(ب) إكراه غير ملجئ، وهو الإكراه القاصر، وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه، ولا على تلف عضو من أعضائه، كالإكراه بالضرب الشديد، أو القيد، أو الحبس، فإنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار[١]. وبالتالي ينعقد البيع فاسدًا، وليس باطلًا.

بينما الجمهور لم يقسموا الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ، ولكنهم تكلموا بما يتحقق به الإكراه، وما لا يتحقق.

فما سماه الحنفية إكراهًا ملجئًا هو إكراه عندهم بالاتفاق.

وما سماه الحنفية إكراهًا غير ملجئ، مختلفون في تَحَقُّق الإكراه فيه على قولين، قيل: يعتبر إكراهًا، وقيل لا يعتبر إكراها، وهما قولان في مذهب المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٨١)، كشف الأسرار (٤/ ٣٨٣)، الفروق لأبي هلال العسكري (ص١١٨)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء. د نزيه حماد (ص٤٣).

(٢) اعتبر المالكية الصفع لذي المروءة إكراه، وكذا السجن، والضرب المؤلم، فضلا عن التهديد بإتلاف النفس أو العضو، انظر التاج والإكليل (٥/ ٣١٢).

(٣) فالشافعي في الأم لم يفرق بين التهديد بالضرب المؤلم وبين التهديد بالإتلاف، كما ألحق بهذه الأشياء إن حبس فخاف طول الحبس، أو قُيِّدَ، فخاف طول القيد، انظر الأم (٣/ ٢٧٠).

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١٦٥، ١٦٦)، المبدع (٧/ ٢٥٥)، الفروع (٥/ ٣٦٨)، =

❑ المسألة الثانية: التفريق بين الرضا والاختيار.

فالحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار.

فالاختيار: القصد إلى الشيء وإرادته.

والرضا: إيثاره واستحسانه.

فالمكره على الشيء يختاره، ولا يرضاه، ومن هنا قالوا: المعاصي والقبائح بإرادة الله تعالى، لا برضاه؛ لأن الله ﷻ لا يرضى لعباده الكفر(١).

فإذا وجد الرضا وجد الاختيار، فقد يجتمعان، وقد ينتفيان، وقد يوجد أحدهما ولا يوجد الآخر.

فإذا اختار العاقد العقد من غير إكراه، وكان مكلفًا راشدًا غير محجور عليه فإنه في هذه الحالة يتحقق اجتماع الرضا والاختيار في حق العاقد.

وقد ينعدم الاختيار والرضا، كما لو كان البائع مجنونًا، أو صبيًا دون التمييز، ففي هذه الحالة ينتفي في العقد الرضا والاختيار.

وقد يوجد الاختيار ولا يوجد الرضا عند الحنفية، كما لو كان البائع مكرهًا إكراهًا غير ملجئ، فالمكره مختار لما فعله، قاصد إياه؛ فهو قد اختار أهون الشرين عليه، إلا أنه قصده لا عن رضا به، بل لدفع الشر عن نفسه(٢).

= شرح منتهى الإرادات (٣/ ٦١٨)، كشاف القناع (٥/ ٢٣٥)، وقد أشار الحنابلة إلى الإلجاء في الإكراه في بعض أنواعه، كما لو حلف لا يخرج من البيت، فحمل وأخرج منها، أو حلف لا يدخل البيت، فحمل وأدخل فيها، انظر الإنصاف (١١/ ٢٤).

(١) التقرير والتحبير (٢/ ٢٥٩).

(٢) نقله الباحث فضيلة الدكتور علي قره داغي من كلام لأبي زيد الدبوسي من مخطوطة في دار الكتب برقم (٢٥٥) أصول الفقه (ص٩١٠).

وعمدتهم في التفريق بين الاختيار والرضا بأن معانيهما اللغوية تدل على وجود فرق بينهما:

فالاختيار: هو ترجيح شيء على آخر(١).

والرضا: هو الرغبة بالفعل والارتياح إليه، والانشراح النفسي به(٢)، ولا تلازم بينهما، فقد يختار المرء أمرًا لا يرضاه، ولا يحبه، ولكنه لا يرضى شيئًا إلا وهو يحبه، قال تعالى: ﴿وَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَهُوَ خَيۡرٞ لَّكُمۡۖ وَعَسَىٰٓ أَن تُحِبُّواْ شَيۡـٔٗا وَهُوَ شَرّٞ لَّكُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢١٦].

ذهب الجمهور إلى أن الرضا والاختيار لفظان مترادفان في الاصطلاح، فإذا قلنا: أن يكون العاقد مختارًا، بمنزلة أن أقول: أن يكون العاقد راضيًا بالعقد، وأن الاختيار لا يجتمع مع الإكراه. فمن أكره على فعل شيء لم يكن مختارًا البتة.

قال السيوطي: «فالمراد بالاختيار قصده ذلك الفعل وميله ورضاه، وأنه لم يفعله على وجه الإكراه»(٣).

---

(١) الاختيار في اللغة: الاصطفاء والانتقاء، وتفضيل الشيء على غيره، قال تعالى: ﴿وَلَقَدِ ٱخۡتَرۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ عِلۡمٍ عَلَى ٱلۡعَٰلَمِينَ ٣٢﴾ [الدخان: ٣٢].
وقال تعالى: ﴿وَٱخۡتَارَ مُوسَىٰ قَوۡمَهُۥ سَبۡعِينَ رَجُلٗا لِّمِيقَٰتِنَاۖ﴾ [الأعراف: ١٥٥].

(٢) الرضا: مصدر رضي يرضى رضا ورضوانًا، ويستعمل الرضا ومشتقاته متعديًا بنفسه، وبالباء وبعلى، فيقال: رضيته، وارتضيته، ورضيت عنه، وعليه، وبه.
وللرضا معان كثيرة، منها الاختيار، قال تعالى: ﴿وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ﴾ [المائدة: ٣].
ومنها طيب النفس، قال تعالى: ﴿رَاضِيَةٗ مَّرۡضِيَّةٗ﴾ [الفجر: ٢٨].
ومنها الموافقة، كقوله ﷺ: «**لا تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها...**».

(٣) فتاوى السيوطي: مخطوطة الأزهر برقم (١٣١) فقه شافعي ورقة ١٤٣، نقلًا من حاشية كتاب مبدأ الرضا في العقود للدكتور القره داغي (١/ ٢٠٨).

جاء في المطلع في تعريف المختار، قال: «وهو غير المكره، وهو اسم فاعل من اختار، ويقع على المفعول أيضًا، فيقال: اخترت الشيء فهو مختار»(١).

وقال ابن القيم: «المكره محمول على ما أكره عليه، غير مختار له. . .»(٢).

والسؤال، ما هي ثمرة الخلاف؟

[م -٩٤] يتضح الخلاف بين الحنفية والجمهور في بيع المكره، فالإكراه إذا كان غير ملجئ كالضرب المحتمل، والقيد ونحوهما، فإن البيع ينعقد فاسدًا عند الحنفية، وليس باطلًا.

ولماذا قالوا بانعقاد البيع؟ لأن الاختيار عندهم شرط لانعقاد البيع، وقد وجد. ولماذا كان العقد فاسدًا؟ لأن الرضا الذي هو شرط للصحة لم يوجد مع وجود الإكراه.

ويفرق الحنفية بين الفساد والبطلان:

فالباطل: هو البيع الذي في ركنه خلل، كبيع المجنون، وبيع الميتة، وغير المميز.

والفاسد: ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه(٣)، كما لو باع شيئًا بثمن مؤجل

---

(١) المطلع (ص٣٣٣).

(٢) إعلام الموقعين (١/ ٣٠٨).

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٦٢، ٣٦٤، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠).
ومع أن الجمهور جعلوا الفاسد مرادفًا للباطل إلا أنهم في مسائل كثيرة فرقوا بينهما.
ففي باب النكاح فرقوا بين النكاح الفاسد وبين النكاح الباطل، وكذلك في كتاب المناسك، وفي مسائل متفرقة من الفقه.
انظر كتاب المنثور في القواعد الفقهية (٣/ ١٥)، القواعد لابن اللحام: القاعدة الحادية والعشرون (١/ ٣٦٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٦)، القواعد الفقهية لابن رجب: القاعدة (٤٦)، الموسوعة الكويتية (٨/ ١١٤).

إلى مدة غير معلومة، أو كان البيع في حال الإكراه[١].

وحكم البيع الباطل أنه لا يفيد الملك، ويجب فسخه مطلقًا، ولا ينقلب إلى عقد صحيح[٢].

لأن الشارع لم يأذن به، فوجوده كعدمه.

وأما البيع الفاسد ينفذ بمجرد زوال صفة الفساد، ولا ينتج أثرًا قبل القبض، وإذا تم القبض بإذن البائع، فإنه يفيد الملك، ويضمن بالقيمة لا بالمسمى[٣].

وقد تكلمنا عن هذا بشيء من التفصيل في الكلام على تقسيم العقود باعتبار الوصف الشرعي، فأغنى عن إعادته هنا.

بينما الجمهور يرون أن المكره عقده باطل، لعدم تفريقهم بين الفاسد والباطل،، ولعدم التفريق بين الإكراه الملجئ وغيره، لأن الإكراه يتفاوت من شخص لآخر، فألم الخوف من التهديد عند بعض الناس يعتبر إكراهًا شديدًا، والحبس اليسير يعتبر في حق بعض الناس إكراهًا، وبعض الناس قد يكون شجاعًا، فلا يؤثر فيه الضرب الشديد، فضلًا عن الضرب اليسير، فمن لحقه أذى، أو خوف على نفسه، أو ماله، أو ولده بما يؤلمه، ويقيد من حريته، فهذا من الإكراه، والله أعلم.

وسوف نفصل إن شاء الله تعالى في الفصل التالي حكم بيع المكره، أعاننا الله على ذلك بمنه وكرمه.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٣)، البحر الرائق (٦/ ٧٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤)، مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٠٦).

(٢) الحاوي (٦/ ١١٠، ٩٥)، شرح منتهى (٢/ ٦٠)، الموسوعة الكويتية (١٢/ ٥٨).

(٣) انظر المبسوط (١٣/ ٢٢، ٢٣)، تبيين الحقائق (٤/ ٦١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٥٩، ٤٦٠)، الهداية مع فتح القدير (٦/ ٤٠٤)، البدائع (٥/ ١٠٧).

الفرع الثاني
في حكم بيع المكره

المسألة الأولى
في الإكراه بحق

قال ابن عابدين: **الإكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعًا**[١].

وقال البجيرمي: «**الفعل مع الإكراه بحق كالفعل مع الاختيار**»[٢].

وقال الماوردي: **الإجبار على بيع الأملاك لا يجوز إلا في رهن أو غريم مفلس**[٣].

[م - ٩٥] الإكراه على البيع قسمان: إكراه بحق، وإكراه بغير حق.

فالإكراه بحق له أمثلة كثيرة، منها: إكراه الحاكم المدين على بيع ماله لوفاء دينه. فهذا الإكراه لا يؤثر في صحة العقد، ولا يفسد الرضا، لإقامة رضا الشرع مقام رضا المالك، ويصح البيع عند أهل العلم، وحكي فيه الإجماع.

قال ابن تيمية: «من كان قادرا على وفاء دينه وامتنع، أجبر على وفائه بالضرب والحبس، ونص على ذلك الأئمة من أصحاب مالك، والشافعي، وأحمد، وغيرهم».

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ١٢٨).
(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب (٤/ ٤٧٣).
(٣) الحاوي (٦/ ١٢٤، ١٢٥).

قال أبو العباس: «ولا أعلم فيه نزاعًا... وللحاكم أن يبيع عليه ماله ويقضي دينه»[(١)].

وقال ابن عابدين: «الإكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعًا»[(٢)].

وقال النووي: «القاضي بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه»[(٣)].

وقال ابن رجب في القواعد: «لو امتنع من وفاء دينه، وله مال، فباع الحاكم ماله، ووفاه عنه صح، وبرئ من الضمان»[(٤)].

ومنها بيع الرهن إذا امتنع من عليه دين من الوفاء، فإن الحاكم يجبره على الوفاء، فإن امتنع كان الحاكم مخيرًا إن شاء أجبره على البيع، وإن شاء باعه الحاكم عليه[(٥)].

«ومن الإكراه بحق: إكراه الحاكم من عنده طعام على بيعه عند حاجة الناس إليه...»[(٦)].

قال الحطاب في مواهب الجليل: «أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس إليه، ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه، دفعًا للضرر عن الناس»[(٧)].

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٣٩٧).
(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ١٢٨).
(٣) المجموع (٩/ ١٨٦)، وانظر المنثور في القواعد الفقهية (١/ ١٩٦).
(٤) القاعدة السادسة والتسعون (ص٢٢١)، وانظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧)، كشاف القناع (٣/ ١٥٠).
(٥) الإنصاف (٥/ ١٦٢، ١٦٣).
(٦) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٦).
(٧) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٧).

ومن الإكراه بحق الجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد، ولم أقف على من خالف في جواز نزع الملكية الخاصة للصالح العام بشرط العوض بالقيمة ويدفع ما يلحقه من ضرر(١).

جاء في الدر المختار «تؤخذ أرض ودار وحانوت بجنب مسجد ضاق على الناس بالقيمة كرهًا»(٢).

قال ابن عابدين تعليقًا: «وذلك لما روي عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة، وزادوا في المسجد الحرام... ولعل الأخذ كرها ليس في كل مسجد ضاق، بل الظاهر أن يختص بما لم يكن في البلد مسجد آخر؛ إذ لو كان فيه مسجد آخر يمكن دفع الضرورة بالذهاب إليه، نعم فيه حرج، لكن الأخذ كرها أشد حرجًا منه، ويؤيد ما ذكرنا فعل الصحابة إذ لا مسجد في مكة سوى الحرام»(٣).

والذي عليه مجلة الأحكام العدلية أن الحكم معلق بالحاجة، وليس بالضرورة، فوجود المشقة على الناس كاف في نزع ملكية أرض صاحبها.

وهذا نص المجلة «يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن»(٤).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ١٢٨)، الخرشي (٥/ ١٠)، مواهب الجليل (٤/ ٢٤٨، ٢٥٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦)، المعيار المعرب (١/ ٢٤٤)، التقرير والتحبير (٢/ ٢٠٧)، المجموع (٩/ ١٨٦)، المنثور في القواعد الفقهية (١/ ١٩٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢١١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧)، كشاف القناع (٣/ ١٥٠).

(٢) الدر المختار (٤/ ٣٧٩).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٧٩).

(٤) انظر المادة (١٢١٦).

قال في الشرح: «يستملك ملك أي أحد بقيمته الحقيقية للمنافع العمومية كالطريق والمسجد ومسيل الماء ولو لم يرض صاحبه ببيعه. فلذلك يؤخذ لدى الحاجة - أي إذا كان الطريق ضيقا ومست الحاجة إلى توسيعه - ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ولو لم يرض صاحبه ويلحق بالطريق. فلذلك لو كان مسجد ضيق وغير كاف لاستيعاب المصلين، وكان لأحد ملك متصل بذلك المسجد، ووجدت حاجة لإلحاق قسم من تلك الدار للجامع، وتعنت صاحب الدار عن بيع ذلك المقدار من ملكه، فلا ينظر لرضائه، ويؤخذ المقدار اللازم للجامع، وحريم الجامع بقيمته جبرًا وكرهًا، ويوسع الجامع، وقد وسع الإمام عمر والصحابة - رضوان الله عليهم - المسجد النبوي على هذا الوجه... وكذلك يؤخذ محل مرور المياه بقيمته ولو لم يرض صاحبه»[١].

وأشار الونشريسي: بأن مالكًا وأصحابه المتقدمين والمتأخرين لم يختلفوا فيه[٢].

وقال ابن هبيرة: «رأيت بخط ابن عقيل حكى عن كسرى أن بعض عماله أراد أن يجري نهرًا، فكتب إليه أنه لا يجري إلا في بيت لعجوز، فأمر أن يشتري منها، فضوعف لها الثمن فلم تقبل، فكتب كسرى أن خذوا بيتها؛ فإن المصالح الكليات تغفر فيها المفاسد الجزئيات».

قال ابن عقيل: «وجدت هذا صحيحًا، فإن الله، وهو الغاية في العدل يبعث المطر والشمس، فإن كان الحكيم القادر لم يراع نوادر المضار لعموم المنافع فغيره أولى»[٣].

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٣/ ٢٣٤).

(٢) المعيار المعرب (١/ ٢٤٤).

(٣) الفروع (٤/ ٥).

وقال الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي الديار السعودية في عصره: «نزع الملكية ليس من باب البيع الحقيقي المتوفرة فيه شروط البيع، وإنما هو اقتضاء إلزامي اقتضته المصلحة العامة لتوسعة شارع وخلافه، وتعويض المالك بهذا العوض»[(١)].

وإذا جوزنا ذلك فلا بد من مراعاة أمور لا بد من توفرها حتى تكون المعاملة سائغة شرعًا، من ذلك:

(١) أن يكون في نزع الملكية مصلحة عامة للناس، وليست مصلحة خاصة لأفراد منهم.

(٢) أن يكون تقدير المصلحة تلك إلى محكمة شرعية، وليست الجهة الحكومية المطالبة بنزع الملكية، فإذا قدرت المحكمة الشرعية بأن هناك حاجة عامة إلى هذه الأرض وقضت بذلك كانت الجهة الحكومية المعنية جهة منفذة لا أكثر.

(٣) أن يكون التعويض فيه غبطة للمالك، بحيث يكون مقدار التعويض زائدًا عن ثمن المثل مراعاة للأضرار التي تلحق المالك، فإن المالك إذا خرج من أرضه قد يأخذ وقتًا طويلًا حتى يبني سكنًا آخر يؤويه وعائلته، مع ما يتطلبه البناء من مشقة ووقت، وإذا استأجر سكنًا آخر لحقه في ذلك خسائر مادية[(٢)].

---

(١) الاختيارات الجليلة من المسائل الخلافية بهامش نيل المآرب (٣/ ٨).

(٢) وطلبة العلم لهم في مقدار التعويض ثلاثة أقوال:

أحدها: وهو أضعفها، أن للوالي أن يأخذها بلا ثمن، وهو اختيار الشيخ علي الخفيف رحمه الله، وقد عرض رأيه في ذلك في بحث قدمه إلى المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، وانظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/ ٢/ ص: ١٠٠٢).

الثاني: الواجب ثمن المثل، وهو ما عليه أكثر الباحثين، ونص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي، وسيأتي نقل القرار بنصه.
=

(٤) أن يكون الثمن حالًا، وليس مؤجلًا، فإن الرجل لو طلب أن يشتري بديلًا قد لا يجد من يقرضه إلا أن يكون ذلك برضا المالك.

وبعد أن وضعت هذه الشروط باجتهاد مني، رأيت قرارًا للمجمع الفقهي قد راعى أكثر هذه الشروط، وإن كان المجمع قد اختلف مع بعضها، وزاد عليها، لذا رأيت أن أنقل قرارهم بنصه، ليقارن مع ما تقدم ذكره.

ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٤) د ٤/ ٨٠/ ٨٨ .

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية، من **١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ.**

بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتزاع الملك للمصلحة العامة.

وفي ضوء ما هو مسلم في أصول الشريعة، من احترام الملكية الفردية، حتى أصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، وأن حفظ المال أحد الضروريات الخمس التي عرف من مقاصد الشريعة رعايتها، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية وعمل الصحابة ﷺ فمن بعدهم من نزع ملكية العقار للمصلحة

= **الثالث:** وهو ما اخترته، أن يكون في الثمن غبطة للمالك بحيث يكون التعويض: ثمن المثل مضافًا إليه الأضرار الحاصلة بانتزاع ملكيته، وذلك أن الإنسان حتى يبني له سكنًا بديلًا سيتحمل أضرارًا، من ذلك أجرة لمكان يأويه وأولاده إلى حين الفراغ من بناء سكنه، مع ما يتحمله من مشاق البناء والقيام عليه، فلا يكفي أن يدفع له ثمن المثل، ولا يكون في ضمن التقدير تلك الأضرار والتكاليف التي سوف يتحملها نتيجة لذلك.

وقد قال ﷺ: **لا ضرر، ولا ضرار.**

العامة تطبيقًا لقواعد الشريعة العامة في رعاية المصالح، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة، وتحمل الضرر الخاص لتفادي الضرر العام.

قرر ما يلي:

أولًا: يجب رعاية الملكية الفردية وصيانتها من أي اعتداء عليها، ولا يجوز تضييق نطاقها، أو الحد منها، والمالك مسلط على ملكه، وله في حدود المشروع التصرف فيه بجميع وجوهه، وجميع الانتفاعات الشرعية.

ثانيًا: لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية:

١- أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل، يقدره أهل الخبرة، بما لا يقل عن ثمن المثل.

٢ - أن يكون نازعه ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال.

٣ - أن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة، أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور.

٤ - أن لا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه في الاستثمار العام، أو الخاص، وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان.

فإن اختلت هذه الشروط أو بعضها كان نزع ملكية العقار من الظلم في الأرض، والغصوب التي نهى الله تعالى عنها، ورسوله.

على أنه إذا صرف النظر عن استخدام العقار المنزوعة ملكيته في المصلحة المشار إليها تكون أولوية استرداده لمالكه الأصلي، أو لورثته بالتعويض العادل.

المسألة الثانية
في الإكراه بغير حق

قال الونشريسي: المكره لا يلزمه شيء من العقود[١].

وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: **الإكراه معدم لرضا المكره**[٢].

[م - ٩٦] تقدم لنا أن الإكراه بحق ينعقد معه البيع صحيحًا، وأن فوات الرضا في هذه الحالة لا يؤثر في صحة العقد، وسوف نبحث إن شاء الله تعالى في هذا المبحث الإكراه بغير حق، كما لو أكره إنسان غيره على بيع ماله، وهدده بالضرب المؤلم أو الحبس إن لم يفعل، فهل ينعقد البيع؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ينعقد البيع فاسدًا، وهذا مذهب الحنفية[٣].

---

(١) المعيار (٧/ ٥١١).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٣٠).

(٣) المبسوط (١١/ ٦٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧١) و (٥/ ١٨٢).
ومع أن الحنفية حكموا بأن البيع في حالة الإكراه ينعقد فاسدًا، إلا أنهم قضوا بأن الفساد بالإكراه يخالف البيوع الفاسدة في أربعة أحكام:
الأول: الفاسد لا يجوز بالإجازة، ويجب فسخه، إلا بيع المكره فإنه ينقلب صحيحًا بالإجازة، قولية كانت أو فعلية.
فالقولية كأن يقول المكره بعد زوال الإكراه: أجزت العقد.
والفعلية كأن يقبض المكره الثمن، أو يسلم المبيع طائعًا، بخلاف غيره من البيوع الفاسدة كبيع درهم بدرهمين مثلًا فلا يجوز، وإن أجازاه؛ لأن الفساد فيه لحق الشرع. =

القول الثاني:

ينعقد البيع صحيحًا غير لازم، فللمكرَه الخيار بين إمضائه ورده، وهذا مذهب المالكية[١]، واختيار زفر من الحنفية[٢].

القول الثالث:

لا ينعقد مطلقًا، وهذا مذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

= فأشبه بيع المكره في هذا الحكم العقد الموقوف كعقد الفضولي، بجامع أن كلًا منهما ينقلب صحيحًا بالإجازة، مع أن العقد الموقوف على الإجازة لا يفيد الملك قبلها، وبيع المكره يفيد الملك بالقبض، ولو لم يجز المكره العقد.

الثاني: العقد الفاسد بغير إكراه لا يجوز فسخه مطلقًا إذا تصرف فيه المشتري بأي نوع من أنواع التصرفات، إلا بيع المكره، فإن للمكرَه - بالفتح - حق استرداد العين، وإن تداولتها الأيدي إذا كان التصرف مما يقبل الفسخ كالبيع والإجارة؛ لأن الاسترداد فيه لحق العبد. وإن تصرف فيها تصرفًا لا يقبل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد جاز، ولزمته القيمة.

الثالث: المشترى شراء فاسدًا يضمنه صاحبه يوم القبض لا يوم الإحداث، إلا بيع المكره، فإن لمالك العين أن يضمن المكرِه - بالكسر - يوم التسليم إلى المشتري، وإن شاء ضمن المشتري يوم قبضه، أو يوم أحدث فيه تصرفًا لا يحتمل النقض؛ لأنه أتلف به حق الاسترداد.

الرابع: المقبوض بعقد فاسد يضمنه قابضه مطلقًا، إلا المكرَه - بالفتح - فما قبضه فإنه أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه.

انظر حاشية ابن عابدين (٦/ ١٣٢)، تبيين الحقائق (٥/ ١٨٢، ١٨٣)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٥٤).

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٨)، التاج والإكليل (٦/ ٤١، ٤٢)، الشرح الكبير (٣/ ٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٧٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦).

(٢) تبيين الحقائق (٢/ ١٧١)، فقد صرح زفر بأن العقد موقوف على إجازة المالك، وهذا هو نفس مذهب المالكية، والخيار فيه للمكره بالفتح، وليس للمكره بالكسر.

(٣) السراج الوهاج (ص١٧٣)، فتح المعين (٣/ ٧)، فتح الوهاب (١/ ٢٧٢)، مغني المحتاج (٢/ ٧)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٢)، كفاية الأخيار (١/ ٢٣٢).

(٤) الإنصاف (٤/ ٢٦٥)، المبدع (٤/ ٧)، المحرر (١/ ٣١١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧)، كشاف القناع (٣/ ١٥٠).

❑ وجه من قال: ينعقد البيع فاسدًا وليس باطلًا.

وجهه: أن البيع حكمنا عليه بالانعقاد لسببين:

السبب الأول:

أن ركن البيع (الإيجاب والقبول) صدر من أهله، مضافًا إلى محله، ومعلوم في المذهب أن البيع لا يكون باطلًا إلا إذا تطرق الخلل إلى ركن البيع، وأما إذا كان البيع مشروعًا بأصله دون وصفه كان البيع فاسدًا، فالركن الذي هو الإيجاب والقبول قد تحقق، فينعقد البيع، وما دام أن الخلل قد تطرق إلى الشرط أو الوصف وهو عدم الرضا حكمنا عليه بالفساد.

السبب الثاني:

أن الاختيار لم ينتف وإنما انتفى الرضا، فالمكره قد اختار البيع وقصده ليرتكب أخف الضررين، خاصة في الإكراه غير الملجئ، وقد تقدم بيانه. وإنما حكمنا بأن العقد فاسد؛ لفقد شرطه، وهو التراضي، فصار كسائر الشروط المفسدة، يثبت به الملك عند القبض، ويصح بإجازة المالك؛ لأن الحق له، فيرتفع الإكراه مع الإجازة.

ويناقش:

أولًا: التفريق بين الرضا والاختيار تفريق خاص في مذهب الحنفية، وسبق مناقشته، وبينا أن الرضا له معان كثيرة منها الاختيار، وما قيمة الاختيار إذا كان الإنسان مكرهًا عليه، وكيف يكون مختارًا للبيع، وهو مكره عليه، ولو خلي بينه وبين إرادته لم يختره، ولم يرضه.

ثانيًا: أن التفريق بين الفاسد والباطل هو أيضًا اصطلاح خاص بالحنفية، وقد ناقشناه في فصل سابق.

ثالثًا: القول بأن ركن البيع لم يتطرق إليه خلل فيه نظر، فإن الرضا في الحقيقة هو ركن البيع، وإنما عدل عنه إلى الصيغة (الإيجاب والقبول) لخفائه، فأقيمت الصيغة مقام الرضا للدلالة عليه.

رابعًا: لو كان العقد فاسدًا لما صح بالإجازة، فإن العقد الفاسد عندكم لا يصح بالإجازة، كما لو باع درهمًا بدرهمين، فإن الخلل تطرق إلى الوصف، وقد تحقق ركن البيع (الإيجاب والقبول) فينعقد فاسدًا، ولا يصح بالإجازة، فما باله هنا صح بالإجازة، وقد فرقتم بين هذا العقد وبين سائر العقود الفاسدة بأربعة أحكام، ذكرناها سابقًا في أول البحث، فدل على أنه لا يصح الحكم عليه بالفساد حتى على مقتضى قواعد المذهب.

❑ دليل من قال: العقد باطل.

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة:

منطوق الآية أن من أخذ مال الغير بدون رضاه فقد أكل ماله بالباطل، فدل على أن الرضا شرط في صحة البيع، والشرط إذا عدم، عدم المشروط؛ لأنه يلزم من عدمه العدم.

الدليل الثاني:

تحريم مال المسلم ثابت بنصوص قطعية، ومن ذلك:

(ح - ٤٤) ما رواه البخاري من طريق فضيل بن غزوان، حدثنا عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم النحر، فقال: **أيها الناس، أي يوم هذا؟** قالوا: يوم حرام. قال: **فأي بلد هذا**. قالوا: بلد حرام. قال:

فأي شهر هذا؟ قالوا: شهر حرام. قال: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا[١].

فإذا كان الإكراه محرمًا، وفيه اعتداء على مال الغير، فإن الحرام لا ينبغي أن يترتب عليه أي أثر شرعي.

الدليل الثالث:

(ح -٤٥) ما رواه ابن ماجه، قال: ثنا مروان بن محمد، ثنا عبد العزيز ابن محمد، عن داود بن صالح المدني، عن أبيه، قال: سمعت أبا سعيد الخدري ﵁ يقول: قال رسول الله ﷺ: **إنما البيع عن تراض**[٢].

[إسناده حسن][٣].

فحصر قيام البيع بقيام الرضا، ومفومه أنه لا يقوم البيع بانعدام الرضا.

الدليل الرابع:

الإجماع، قال النووي: «المكره على البيع إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف..»[٤].

ومع خلاف الحنفية لا يصح القول بالإجماع، وقد يوجه كلام النووي ﵀ بأن عدم الصحة لا ينافي عدم الانعقاد، فالحنفية يقولون ينعقد فاسدًا، وليس صحيحًا، وبينهما فرق، فالرضا شرط للصحة، والاختيار مع الإكراه شرط للانعقاد، وبهذا التوجيه ممكن أن تكون عبارة النووي صحيحة، والله أعلم.

---

(١) صحيح البخاري (١٧٣٩).

(٢) سنن ابن ماجه (٢١٨٥).

(٣) سبق تخريجه انظر ح ٤٣ .

(٤) المجموع (٩/ ١٨٦).

❑ دليل من قال: العقد موقوف على إجازة المالك.

قالوا: إن النهي عن بيع المكره ليس لحق الله، وإنما هو لحق الآدمي، فإذا أجازه صاحبه بعد رفع الإكراه ارتفع المفسد، فصح العقد، مثله بيع الفضولي، فإنه لما كان الفضولي قد باع ملك غيره بغير إذنه، كان ذلك موقوفًا على إجازة صاحبه.

❑ الراجح:

القول بأن البيع موقوف على إجازة المالك، فإن الحق له، إن شاء أمضاه، وإن شاء رده، لكن بشرط أن يرتفع الإكراه قبل الإجازة، أما لو أخذ ماله، وقال: لا أرده عليك إلا أن تبيعني إياه فهذا البيع غير صحيح؛ لأن الإجازة هنا مكره عليها.



المسألة الثالثة
في الإكراه على سبب البيع

[م - ٩٧] إذا طلب شخص ظالم من آخر مالًا، فاضطره إلى بيع ما يملك ليدفع له؛ لئلا يناله أذى من ذلك الظالم، فهل يصح البيع.

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

البيع لازم، وهو المعتمد في مذهب المالكية(١)، ومذهب الشافعية(٢)، واختيار ابن تيمية من الحنابلة(٣).

لأنه لا إكراه فيه على البيع، إذ قصد الظالم تحصيل المال منه بأي وجه كان، سواء كان ببيع داره، أو رهنها، أو إيجارها، أو بغير ذلك.

ولأنه لو امتنع الناس من الشراء منه كان ذلك أشد ضررًا عليه.

القول الثاني:

البيع غير لازم، وهو قول في مذهب المالكية.

فقوله: غير لازم، يعني أنه صحيح، وللمكره الخيار إن شاء أمضاه، وإن شاء رده(٤).

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٨)، التاج والإكليل (٦/ ٤١، ٤٢)، الشرح الكبير (٣/ ٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٧٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦).

(٢) إعانة الطالبين (٣/ ٧)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٢)، مغني المحتاج (٢/ ٨)، ويسمونه بيع المصادر.

(٣) الإنصاف (٤/ ٢٦٥).

(٤) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٨).

وهذا بناء على النهي فيه لحق العبد، وليس النهي فيه لحق الخالق، فإذا أجازه من له الحق جاز.

القول الثالث:

لا يصح، وهو وجه في مذهب الشافعية(١)، وقول في مذهب الحنابلة(٢).

بناء على أن الرضا بالبيع شرط في صحة البيع، وهو لولا الإكراه لم يرض بالبيع.

القول الرابع:

يصح البيع، ويكره الشراء منه، وهو مذهب الحنابلة(٣).

❑ ووجه الكراهة عند الحنابلة:

أن البائع قد يتعرض للاستغلال؛ لأن المضطر غالبًا ما يحمله ذلك على البيع بأقل من ثمنه عادة.

ولأن فيه خلافًا في صحة بيعه، فكره الشراء خروجًا من الخلاف.

ويناقش:

بأننا نحرم أن يستغل أحد ظرفه ليشتري منه بأقل من سعر المثل، أو بغبن فاحش مما لا يتغابن فيه الناس عادة، هذا من جهة دعوى أنه قد يتعرض للاستغلال، وأما دعوى كراهية البيع لوجود الخلاف في صحته، فهذا قول ضعيف؛ لأن الخلاف ليس من أدلة الشرع لا المتفق عليها، ولا المختلف فيها

---

(١) خبايا الزوايا (ص١٨٦)، روضة الطالبين (٣/ ٢٤٢).

(٢) المحرر (١/ ٣١١)، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص٤٣)، الإنصاف (٤/ ٢٦٥).

(٣) الإنصاف (٤/ ٢٦٥)، المبدع (٤/ ٧)، المحرر (١/ ٣١١)، ويسمونه بيع المضطر.

حتى نعلل به الأحكام، ونكره بسببه ما نعتقد إباحته لوجود الخلاف، وإنما الخلاف القوي قد يحمل على سلوك الاحتياط، وهذا غير الحكم بالكراهة، وإنما هو من باب دع ما يريبك إلى ما لا يريبك.

❑ الراجح فيه:

إن كان عدم الشراء منه يحمل المكره بالكسر على عذره، وعلى ترك مطالبته بالمال كان ترك الشراء منه واجبًا؛ لأن ترك الشراء طريق إلى رفع الظلم، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وإن كان ترك الشراء منه تحمل المكره بالكسر على أذية المالك في نفسه أو ماله كان الشراء منه في هذه الحالة مباحًا أو مستحبًا لأن فيه إعانة له على دفع ظلم الظالم، والله أعلم.



المبحث الثاني
الغلط في العقد

❑ تمهيد ❑

تكلمت في المبحث السابق عن اشتراط الرضا بين المتعاقدين، وتكلمنا عن الإكراه باعتباره منافيًا لشرط الرضا في العقد، ونتكلم في هذا الفصل عن الغلط باعتباره قادحًا آخر، فإذا وقع العاقد في غلط في العقد، بحيث لو علم من وقع فيه ما أقدم على التعاقد، فلا شك أن مثل هذا يخدش في رضا العاقد بالعقد، والذي هو شرط أساسي لانعقاده.

«ولم يجمع فقهاء المسلمين مسائل الغلط في بحث خاص، وإنما انتشرت مسائله في مباحث شتى ذات صلة به، فخيار الوصف، وخيار العيب، وخيار الرؤية بحوث يستقل بعضها عن بعض، ولكنها تتصل بنظرية الغلط»[١].

والغلط قد يقع في المعقود عليه (المحل)، وهو أهم أنواع الغلط، وأكثره شيوعًا، وقد يقع الغلط في قيمة المتعاقد عليه، وقد عالجه الفقه في مبحث الغبن.

وقد يقع الغلط في شخصية العاقد، كما لو كانت شخصية العاقد نفسها محل اعتبار كما في عقد التبرع، والمضاربة، وكالخطاط والرسام للتفاوت بينهما. وقد يقع الغلط في الصيغة، وسوف نناقش في هذه الفصول التالية بعض أحكام الغلط، على أن نرجي بعض الصور إلى مظانها من البحث، وإنما الهدف هنا

(١) التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٤٤٢).

بيان أن الرضا الصحيح يشترط ألا يشوبه شيء من الغلط فيقدح فيه، والذي هو شرط في صحة البيع، والله أعلم.



الفرع الأول
الغلط في المعقود عليه

المسألة الأولى
الغلط في جنس المعقود عليه

تعريف الغلط في المحل: أن يظهر المعقود عليه بعد تمام العقد مخالفًا لما وقع عليه العقد في عينه، أو في وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في القيمة والمنفعة.

مثال للاختلاف في العين:

أن يبيعه فصًا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج[١].

مثال للاختلاف في وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة:

أن يبيعه دارًا على أن بناءها من الآجر، فإذا هو من اللبن[٢].

فالغلط لم يحصل هنا في الجنس، لأنه اشتراها على أنها دار، وهي كذلك، ولكن الغلط حصل في صفة الدار، إلا أن بين وصف الآجر واللبن تفاوت فاحش في المنفعة[٣].

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٣٦١)، المبسوط (٥/ ٨٣)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٩)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٤١).

(٢) البحر الرائق (٥/ ٢٧٩)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٦١)، غمز عيون البصائر (٣/ ٤٥٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٤).

(٣) سوف نتناول في باب الشروط في البيع مزيدًا من التفاصيل حول هذا النوع من المعاملات، ولكن اقتضت الإشارة إلى جنسها هنا لبيان أن مثل هذا الأمر عيب يقدح في الرضا الذي هو شرط من شروط صحة البيع، ويسميه فقهاء القانون: عيوب الرضا، أو عيوب الإرادة.

[م - ٩٨] وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

البيع باطل، وهو مذهب الحنفية(١)، والراجح في مذهب الشافعية(٢)، وهو مذهب الحنابلة(٣)، وبه قال ابن حزم(٤).

القول الثاني:

يصح البيع، ويثبت الخيار لمن وقع عليه الغلط، وهو مذهب المالكية(٥)،

---

(١) شرح فتح القدير(٣/ ٣٦١)، المبسوط (٥/ ٨٣)، البحر الرائق(٥/ ٢٧٩)، غمز عيون البصائر(٣/ ٤٥٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام(١/ ٦٤)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٤١).

(٢) جاء في المنثور في القواعد (٢/ ١٣): «إذا قال بعتك هذا الفرس، وكان بغلًا، لا يصح في الأصح»، وهذا النص موجود في البحر المحيط (١/ ١٠٣).
وقال في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٥): «لو قال: بعتك هذا الفرس، فكان بغلًا، أو عكسه، فوجهان: والأصح هنا البطلان..». وانظر المجموع (١/ ٣٧٩).

(٣) جاء في الإنصاف (٤/ ٢٩٦): «لو قال: بعتك هذا البغل بكذا، فقال: اشتريته، فبان فرسًا أو حمارًا لم يصح على الصحيح من المذهب... وقيل: يصح، وله الخيار».
وانظر الفروع (٤/ ٢٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٢)، كشاف القناع (٣/ ١٦٥).

(٤) قال ابن حزم في مسألة (١٤٦٣) (٧/ ٣٥٨): «لا يجوز بيع شيء لا يدري بائعه ما هو، وإن دراه المشتري، ولا ما لا يدري المشتري ما هو، وإن دراه البائع، ولا ما جهلاه جميعًا. ولا يجوز البيع حتى يعلم البائع والمشتري ما هو، ويرياه جميعًا، أو يوصف لهما عن صفة من رآه وعلمه، كمن اشترى زبرة يظنها قزديرًا فوجدها فضة، أو فصًا لا يدري أزجاج هو أم ياقوت؟ فوجده ياقوتًا أم زمردًا أو زجاجًا - وهكذا في كل شيء - وسواء وجده أعلى مما ظن أو أدنى، أو الذي ظن كل ذلك باطل مفسوخ أبدًا، لا يجوز لهما تصحيحه بعد علمهما به إلا بابتداء عقد رضاهما معًا، وإلا فلا، وهو مضمون على من قبضه ضمان الغصب».

(٥) منح الجليل (٥/ ٢١٥، ٢١٦)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٨٩، ١٩٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٩، ١٤٠)، مواهب الجليل (٤/ ٤٦٦، ٤٦٧).

ووجه مرجوح في مذهب الشافعية(١)، وقول في مذهب الحنابلة(٢).

القول الثالث:

البيع فاسد، وليس باطلًا، وهو قول الكرخي من الحنفية(٣).

❑ دليل من قال: البيع باطل.

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الاستدلال:

لا يتحقق الرضا إلا إذا كان المعقود عليه هو عين ما رضيه المتعاقدان، وطابت أنفسهما ببذله مقابل العوض المدفوع، فإذا كان المعقود عليه عينًا أخرى غير معلومة للمشتري، أو اختلف الثمن على البائع، فمن المعلوم أنه لم يتوجه الإيجاب والقبول إليه، وبالتالي لم يتحقق الرضا والذي هو شرط في صحة البيع.

---

(١) جاء في المهذب (١/ ٢٨٧): وإن باعه حيوانًا على أنه بغل، فوجده حمارًا، أو على أنه حمار، فوجده بغلًا، ففيه وجهان:
أحدهما: أن البيع صحيح؛ لان العقد وقع على العين، والعين موجودة، فصح البيع، وثبت له الرد؛ لأنه لم يجده على ما شرط.
والثاني: أن البيع باطل؛ لان العقد وقع على جنس، فلا ينعقد في جنس آخر.
وانظر المنثور في القواعد (٢/ ١٣)، البحر المحيط (١/ ١٠٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٥)، وانظر المجموع (١/ ٣٧٩)..

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٩٦).

(٣) شرح فتح القدير(٣/ ٣٦١).

الدليل الثاني:

أنه قد ثبت النهي عن بيع الغرر في حديث صحيح، وهو مجمع على النهي عنه في الجملة كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في مباحث الغرر، وهذا قد تحقق الغرر فيه للجهل في المبيع؛ لأن عقد المشتري إنما توجه لجنس معين كالفرس مثلًا، فبان أن البيع وقع على جنس آخر مختلف تمامًا كالحمار مثلًا، ولم يعلم بذلك المشتري، ولم يقصده في الشراء، وهذا من أعظم الغرر.

❑ دليل من قال: ينعقد ولمن وقع عليه الغلط الخيار.

الدليل الأول:

أن البيع قد تعلق بطرفين بائع ومشتر، فالذي لم يقع عليه الغلط ينعقد في حقه لازمًا، وليس له خيار؛ لأن الغلط لم يقع عليه، وأما الذي وقع عليه الغلط فالحق له، وما دام أن الحق لآدمي، وليس النهي عنه لحق الله، فإن له الخيار، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء رده، فالحكم ببطلان البيع يسقط حقه فيما لو طابت نفسه، ورضي بالبيع.

الدليل الثاني:

القياس على العين المعيبة، فإذا كان المشتري إذا اشترى عينًا، ووجد فيها عيبًا، كان له الخيار، إن شاء رد العين، وإن شاء أمضى البيع، فكذلك هنا، فاختلاف عين المبيع يعد كالعيب في المبيع، وفوات العين كفوات الصفة المرغوب فيها لمن فاته الخيار.

الدليل الثالث:

أن المبيع وإن وقع فيه غلط، إلا أنه قد عين في الإشارة، فقال: بعتك هذا الفرس، فبان حمارًا، فوجود التعيين بالإشارة يجعل البيع منعقدًا تقديمًا للإشارة

على العبارة، وفوات العين أو الوصف المذكور في العبارة يثبت الخيار فقط، ولا يبطل البيع.

❑ دليل من قال: ينعقد فاسدًا.

حجة هذا القول يرى بأن الخلل إذا لم يتطرق إلى ركن البيع، وهو الإيجاب والقبول، فإن البيع ينعقد فاسدًا، ومعنى ذلك أن الملك يثبت بالقبض، وإذا فات المبيع وجب دفع القيمة، وليس الثمن؛ لأن الثمن قد تطرق إليه الفساد.

❑ ويمكن أن يناقش هذا من وجهين:

الوجه الأول:

لا نسلم أن الخلل لم يتطرق إلى ركن البيع، فإن الإيجاب والقبول كان متجهًا إلى جنس، ثم تبين أن المعقود عليه جنس آخر، فصار الإيجاب القبول قد توجه إلى جنس معدوم لا وجود له، فبطل الإيجاب والقبول، فوجود الإيجاب والقبول كعدمه هنا.

الوجه الثاني:

لا نسلم قاعدة الحنفية بأن الخلل إذا تطرق إلى ركن البيع بطل البيع، وإذا تطرق إلى وصفه كان فاسدًا، وقد بينا أن الجمهور لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل في بحث خاص، فأغنى عن إعادته هنا[1].

---

(١) وإذا عرفنا كلام أهل الفقه الشرعي في باب الغلط، فقد تناولت القوانين الوضعية الوقوع في الغلط، فجاء في القانون المدني المصري في مادته (١٢٠): «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري، جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل أن يتبينه».
مادة (١٢١ - ١) يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. =

. . . .

= (٢) ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص:
(أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.
(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد، أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. اهـ
وانظر في القانون الأردني، مادة (١٥١) ومادة (١٥٢)، ومادة (١٥٣).
وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني، مادة (٢٠٣)، ومادة (٢٠٤)، ومادة (٢٠٥)
وانظر أحكام الغلط في قانون العقود السوداني: المواد (١٠٦، ١٠٧).
والقانون الليبي مادة (١٢٠، ١٢١)، الكويتي المادة (١٢٠).
شرح ما سبق: في كتاب نظرية العقد للسنهوري قسم الغلط إلى ثلاثة أنواع:
النوع الأول: غلط يجعل العقد باطلًا بطلانًا مطلقًا (الغلط المانع).
كما لو كان الغلط في ماهية العقد، كما لو أعطى شخص نقودًا على أنها قرض، وأخذها الآخر على أنها هبة، ففي هذه الحالة لا يكون هناك قرض، ولا هبة، وكل من العقدين يكون باطلًا بطلانًا مطلقًا.
ومثله لو كان الغلط في موضوع العقد، وسماه القانون اللبناني (موضوع الموجب) وسماه السنهوري غلط في ذاتية محل الالتزام الناشيء من العقد.
مثاله: شخص لديه عقاران مختلفان، فباع أحداهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى.
مثال آخر: أراد شخص أن يشتري كتابًا لمؤلف، فباعه التاجر كتابًا لمؤلف آخر.
مثل هذا الغلط يجعل البيع باطلًا بطلانًا مطلقًا، أو بيعًا غير موجود؛ لأن المتعاقدين لم تتوافق إرادتهما على شيء واحد، ويسمى هذا النوع من الغلط: الغلط المانع، وهو الغلط الذي يتصل بوجود التراضي لا بصحته، أو بعبارة أخرى الغلط الذي يعدم الرضا.
يقول السنهوري في الوسيط (١/ ٣١١): «وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة، ولا يقتصر على أن يعيبها، ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية: ماهية العقد، أو المحل، أو السبب. فالتراضي إذن غير موجود، والعقد باطل: أي منعدم، وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث، فهو يتصل بوجود التراضي، لا بصحته، ونحن الآن في صدد صحة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده». اهـ =

. . . .

= **النوع الثاني من الغلط**: غلط يبطل العقد بطلانا نسبيًا.
وهو الغلط الذي يفسد الرضا: أي يعيبه دون أن يعدمه، فيجعل العقد باطلًا بطلانًا نسبيًا.
وفي تعبير قانون الموجبات اللبناني يجعل العقد قابلًا للإبطال، يعني: وليس باطلًا.
ويشترط في هذا الغلط أن يكون غلطًا جوهريًا وقد نص القانون المصري ونقلناه سابقًا في مادة (١٢٠): إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد.
كما نص في مادته (١٢١) يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.
وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي (فوات الوصف المرغوب فيه) كالغلط الذي يقع في مادة الشيء موضوع الالتزام الناشئ من العقد، فلو اشترى شخص حليًا من ذهب، فتبين أنها من فضة مذهبة، فالعقد في هذه الحالة يكون باطلًا بطلانًا نسبيًا لمصلحة المشتري.
ومثله الغلط الذي يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار، كما في عقود التبرع مثلًا، فإذا وقع غلط في شخص الموهوب له كان العقد باطلًا بطلانًا نسبيًا لمصلحة من كان ضحية لذلك الغلط، بمعنى أن العقد يكون صحيحًا نافذًا، ولكنه غير لازم، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه، فالغلط هنا يعيب الإرادة، ولكن لا يمس وجودها، فهو لا يمنع من وجود العقد صحيحًا، وإنما يكون من شأنه أن يجعل العقد موقوفًا على إجازة العاقد.
النوع الثالث من الغلط: الغلط غير المؤثر. كما لو كان الغلط في وصف غير جوهري، كما لو اشتريت كتابًا مطبوعًا على ورق أصفر، بينما كنت تريد أن يكون مطبوعًا على ورق أبيض.
ومثله الغلط في قيمة الشيء، ما لم يبلغ حد الغبن الفاحش، فالغلط في القيمة لا يكون سببًا لبطلان العقد وإنما يجوز في حالات خاصة - عند حصول غبن فاحش - طلب البطلان، وأما كون الغبن غير فاحش فلا يؤثر في صحة العقد.
ومثله الغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، كما لو باع تاجر شيئًا لأحد عملائه، وكان يعتقد أنه عميل آخر، فهذا الغلط لا أثر له في صحة العقد.
ومثله الغلط في الأرقام والحساب، فلا يؤثر ذلك في صحة العقد، وإنما يجب إجراء التصحيح في الغلط الحسابي على اعتبار أنه خطأ مادي صرف، لا يعيب الرضا، ويسري هذا الحكم على العقود كافة. =

= وألحقوا به الغلط في الباعث على التعاقد، كأن يشتري شخص مركبة معتقدًا أن مركبته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام، ثم يتضح عدم صحة ذلك، وكأن يستأجر موظف منزلًا في المدينة معتقدًا أنه سينقل إليها، ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل إليها، فالغلط هنا في الباعث، ولا أثر له في صحة العقد؛ لأن الباعث يظل مجهولًا لدى العاقد الآخر، إلا إذا ذكر السبب في العقد، وعرف به العاقد الآخر باعتباره شرطًا لقبول العقد، فهنا يجوز فسخ العقد لحصول الغلط، إذ الغلط في هذه الحالة واقع في مادة العقد: أي في موضوع العقد؛ لأن العاقدين قررا في محض إرادتهما أن تجعل الصفة العرضية للشيء صفة أصلية له.
انظر في تحرير ما تقدم الكتب التالية: الوسيط في شرح القانون المدني - السنهوري (١/ ٣١٥) وما بعدها. نظرية العقد للسنوري أيضًا (١/ ٣٤٩)، شرح قانون الموجبات في العقود - زهدي يكن (٤/ ٤)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (ص٨٧)، النظرية العامة للالتزام - الدكتوران توفيق فرج، جلال العدوي (ص١٢٧)، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري، واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني) الدكتور: عبد المنعم فرج الصده (ص٢٢٥).

المسألة الثانية
في الغلط إذا كان في وصف مرغوب فيه

[م - ٩٩] يختلف هذا الغلط عن الغلط السابق، فإن الغلط السابق كان في جنس المعقود عليه، أو كان في وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة، وأما هذا الغلط فهو في فوات وصف مرغوب فيه من غير أن يؤدي إلى اختلاف القيمة، كما لو اشترى فصًا على أنه ياقوت أحمر، فبان أخضر، فهنا الغلط لم يتوجه للجنس، فالجنس واحد، كما أن الغلط لم يكن في وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة، وإنما فات وصف الحمرة، وهو وصف مرغوب فيه لدى المشتري فحسب، والثمن واحد(١).

(١) قال في بدائع الصنائع (٥/ ١٤٠): «إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا، فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثوب الهروي بكذا، فإذا هو مروي، أو قال: بعتك هذا الثوب على أنه مروي، فإذا هو هروي لا ينعقد البيع في هذه المواضع؛ لأن المبيع معدوم.

والأصل في هذا: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر: إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فالعبرة للتسمية، ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما، فالعبرة للتسمية أيضا عندنا، ويلحقان بمختلفي الجنس، وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه، ويتعلق العقد به».

وقد أخذ ذلك القانون العراقي، فقال في مادته (١١٧ - ١): «إذا وقع غلط في محل العقد، وكان مسمى ومشار إليه، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى، وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوبًا فيه، تعلق العقد بالمشار إليه، وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد».

وقد ذهب الأئمة الأربعة إلى أن البيع ينعقد صحيحًا، ويثبت الخيار لمن فاته الوصف المرغوب فيه(١).

وذهب الحنابلة في المشهور أن المشتري له الخيار بين الرد، أو الإمساك مع أرش فقد الصفة، وإن تعذر الرد تعين الأرش(٢).

وذهب ابن حزم إلى أن فوات الوصف يؤدي إلى البطلان(٣).

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٨٣، ٨٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٩) و(٥/ ١٤٠)، كشف الأسرار (٢/ ٨٣).

وانظر في مذهب المالكية: الخرشي (٥/ ١٢٥)، مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧)، التاج والإكليل (٦/ ٣٣١)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٨).

وانظر في مذهب الشافعية، الوسيط (٥/ ١٦٧)، المنثور في القواعد (٢/ ١٥٠، ١٥١)، أسنى المطالب (٢/ ٥٦)، وقال في المهذب (١/ ٢٨٧): «وإن اشترى عبدًا بشرط أنه كاتب، فوجده غير كاتب، أو على أنه يحسن صنعة، فوجده لا يحسن ثبت له الرد؛ لأنه أنقص مما شرط، فجاز له الرد».

وفي مذهب الحنابلة، انظر المحرر (١/ ٣١٣)، وقال ابن قدامة في المغني (٤/ ١١٥): «إذا اشترط المشتري في البيع صفة مقصودة، مما لا يعد فقده عيبًا، صح اشتراطه، وصارت مستحقة، يثبت له خيار الفسخ عند عدمها، مثل أن يشترط مسلمًا، فيبين كافرًا، أو يشترط الأمة بكرًا أو جعدة أو طباخة، أو ذات صنعة، أو لبن، أو أنها تحيض... وما أشبه هذا، فمتى بان خلاف ما اشترطه، فله الخيار في الفسخ، والرجوع بالثمن، أو الرضا به، ولا شيء له. لا نعلم بينهم في هذا خلافًا؛ لأنه شرط وصفا مرغوبًا فيه، فصار بالشرط مستحقًا. فأما إن شرط صفة غير مقصودة، فبانت بخلافها، مثل أن يشترطها... جاهلة، فبانت عالمة، فلا خيار له؛ لأنه زاده خيرًا».

وانظر مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٢/ ١٦١).

(٢) قال في المحرر (١/ ٣١٣): «وإذا شرط صفة في البيع ككون العبد كاتبًا، أو خطيبًا، أو الأمة بكرًا، أو الفهد صيودًا... صح فإن بان بخلافه فله الفسخ، أو أرش فقد الصفة، وقيل: لا أرش إلا أن يمتنع الرد»، وانظر دليل الطالب (ص١٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٨)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨)، منار السبيل (١/ ٢٩٤).

(٣) المحلى مسألة (١٤٦٣) (٧/ ٣٥٨).

❑ وجه كلام الأئمة:

فرق الفقهاء بين الغلط بالجنس والغلط في الوصف، بأنه إذا اشترى فصًا على أنه ياقوت فبان أنه زجاج، كان البيع باطلًا؛ لأن المشار إليه من غير جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمسمى، والمسمى معدوم، وبيع المعدوم باطل، أما إذا اشترى فصًا على أنه ياقوت أحمر، فبان أخضر، جاز البيع؛ لأن المشار إليه من جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمشار إليه؛ لأن المشار إليه أبلغ في التعريف، إلا أنه حين فات المشتري وصف مرغوب فيه كان له الخيار.

ويلزمه جميع الثمن إذا أمضى العقد؛ لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن، فإذا فات فات بدون مقابل.

التعليل الثاني:

المشتري لم يرض بالبيع إلا بوجود هذه الصفة المرغوبة له، والمشروطة منه، والرضا شرط لصحة البيع، ولهذا قلنا له حق الفسخ، وحق الإمضاء طلبًا لحصول الرضا وطيب النفس ليتم العقد.

❑ تعليل الحنابلة في تخييره بين الرد أو الإمساك وأخذ أرش النقص.

الصفة لها حصتها من الثمن بدليل أن السلعة إذا بيعت بشرط الوصف زاد ذلك من قيمتها، فالسيارة الجديدة أغلى ثمنًا من السيارة القديمة، وإذا كانت الصفة لها أثر في الثمن كان فقدها فقدًا لجزء من الثمن، فاستحق الأرش مع الإمساك لفوات صفة كان قد اشترطها المشتري، والتزمها البائع في العقد، فلا يمكن أن يكون فواتها بدون مقابل، وتذهب على المشتري في حال رغب المشتري في إمساك السلعة، مع أن البائع قد أخذ عوضها في مقابل التزامه في وجودها.

ويناقش:

بأن أخذ الأرش لم يتفقا عليه، فكيف يفرض على البائع دفعه بدون رضاه، وما دام أن السلعة قائمة، ولم تفت فليردها، ويأخذ الثمن الذي دفعه، نعم لو فاتت السلعة، ولم يكن لها مثل وجب اعتبار الأرش، باعتبار تعذر الرد هنا، والمشتري مستحق للصفة المشروطة والتي لم يلتزم البائع بتوفيرها.

❑ تعليل ابن حزم على كون العقد باطلًا.

المشتري لم يرض بالبيع إلا بوجود هذه الصفة المشروطة في المبيع، وإذا فقد الرضا بطل البيع، فلا يجوز لهما تصحيحه إلا بابتداء عقد برضاهما، وتكون العين معلومة للمشتري والثمن معلوم للبائع، لا يجهلان، أو أحدهما شيئًا من ذاته، أو وصفه، وإذا تطرق الجهل إلى ذات المبيع أو وصفه بطل البيع.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها أجدني أميل إلى أن البيع ينعقد صحيحًا، ويثبت الخيار لمن فاته الوصف المرغوب فيه.



المسألة الثالثة
الغلط في التعبير (الصيغة)

[م -١٠٠] إذا تكلم في البيع على لسانه خطأ، فقال بدلًا من قوله: تبيع هذا عليَّ بكذا؟ قال: بعت هذا عليك بكذا، فهل ينعقد البيع؟

وللجواب نقول:

أما رفع الإثم فلا خلاف أن الخطأ عذر صالح لرفعه، قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

وأما أثر الخطأ في العقود المالية، فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول:

إذا جرى البيع على لسانه خطأ، وصدقه خصمه، يكون بيعه كبيع المكره، ينعقد فاسدًا، ويملك بالقبض.

وأما إذا لم يصدقه خصمه، فإن القضاء يحكم على ضوء ظاهر اللفظ، وهذا مذهب الحنفية(١).

وكيف انعقد، وهو مخطئ؟

قالوا: لأن الكلام صدر عنه باختياره، أو بإقامة البلوغ مقام القصد، وكان فاسدًا غير نافذ، لعدم الرضا حقيقة، واعترض عليهم بأن المخطئ غير مختار للفعل، فهو لم يقصد العبارة، ولا الأثر مطلقًا، بل هو كالنائم الذي يتكلم بإيجاب أو قبول لا عبرة لما يقول.

---

(١) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٨٩، ٣٩٠).

القول الثاني:

لا ينعقد، وهذا مذهب الجمهور(١)، وقول في مذهب الحنفية(٢).

❑ واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

ونوقش:

بأن الآية سيقت في رفع الجناح، وهو الإثم، وليس في وقوع أثر الخطأ، وبينهما فرق، فهذا الصبي عمده خطأ، ويضمن ما أتلفه.

ورد هذا:

بأن ضمان المخطئ لمتلفاته لا ترجع إلى وجود القصد أو عدمه، وإنما ترجع إلى دفع الضرر، وإلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ولذلك أوجب الفقهاء الضمان على المجنون مع أنه لا يصح بيعه، وعلى النائم مع أن بيعه وسائر عقوده لا تصح.

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٤)، حاشية الدسوقي (٢/ ٣٦٦)، إعانة الطالبين (٣/ ٥)، حاشية البجيرمي (٢/ ١٦٧)، حواشي الشرواني (٤/ ٢٢٠)، مغني المحتاج (٢/ ٧)، المبدع (٧/ ٢٧٠)، الإنصاف (٨/ ٤٦٥)، الكافي في فقه أحمد (٣/ ١٦٩)، المحرر (٢/ ٥٣)، مجموع الفتاوى (٣٣/ ١١٤)، أعلام الموقعين (٣/ ٦٣).

(٢) التقرير والتحبير (٢/ ٢٠٥، ٢٠٦)، حيث قاسوه على بيع الهازل، وبيع الهازل لا ينعقد عندهم، وقد سبقت الإشارة إليه عند الكلام على بيع التلجئة.

الدليل الثاني:

أن الرضا شرط في صحة العقد، والمخطئ غير راض بالعقد، ولم يقصد الفعل، فلا يعتد به.

❑ الراجح:

ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم، إلا أن الأصل عدم الغلط، فلا بد من بينة على صحة ما يدعيه، فإن لم تكن هناك بينة قبل قول المنكر عدم الغلط مع يمينه، والله أعلم.



المسألة الرابعة
الغلط بسبب الجهل بالحكم الشرعي

الجهل: هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو به[١].

وقيل: عدم العلم ممن شأنه العلم[٢].

وهو نوعان: مركب وبسيط:

فالمركب: هو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع، بمعنى أنه لا يدرك أنه جاهل، فهذا من الجهل المركب.

والبسيط: انتفاء العلم بالمقصود، بأن لم يدرك أصلًا، و يعلم أنه لا يعلم، وهذا ليس عيبًا في الأصل، قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْـًٔا﴾ [النحل: ٧٨].

❑ تأثير الغلط بسبب الجهل بالحكم الشرعي (أو الجهل بالقانون)

[م - ١٠١] قال القرافي: «كل من فعل فعلًا أو قال قولًا، أو تصرف تصرفًا من المعاملات أو غيرها، لا يجوز له الإقدام عليه حتى يعلم حكم الله تعالى في ذلك. فإن تعلم، وعمل أطاع الله تعالى طاعتين: بالتعلم الواجب، وبالعمل إن كان قربة، وإلا فبالتعلم فقط. وإن لم يتعلم، ولم يعمل فقد عصى الله معصيتين: بترك التعلم، وبترك العمل إن كان واجبًا، وإلا فبترك التعلم فقط.

وإن تعلم، ولم يعمل أطاع الله تعالى بالتعلم الواجب، وعصى بترك العمل

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (٤/ ٣٣٠).

(٢) البحر المحيط (١/ ١٠٠).

إن كان واجبًا وإلا فلا. ونقل الإجماع على هذه القاعدة الشافعي رضي الله عنه في رسالته، والغزالي في إحياء علوم الدين...»[١].

والأصل أن الجهل يرفع الإثم.

قال السيوطي: «اعلم أن قاعدة الفقه أن النسيان والجهل مسقط للإثم مطلقًا...»[٢].

«وإعذار الجاهل إنما هو من باب التخفيف، لا من حيث جهله، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: لو عذر الجاهل لأجل جهله، لكان الجهل خيرًا من العلم، إذ كان يحط عن العبد أعباء التكليف، ويريح قلبه من ضروب التعنيف»[٣].

وهل يرفع الجهل الحكم المترتب، كما لو باع بيعًا يشترط في صحته القبض، ولم يتقابضا جهلًا منهما بوجوبه؟ أو زنى جاهلًا، أو قَتَلَ شخصًا جاهلًا، فهل يحد أو يقتل، أو يسقط عنه ذلك بسبب جهله؟

وللجواب على ذلك نستطيع أن نقول: إنه ليس هناك قاعدة مطردة في أمور التكاليف، بحيث نقول: الجهل يرفع الحكم، أو لا يرفع، فهناك أمور متفق على أن الجهل يرفع الحكم، وهناك أمور على عكسها، وفيه أمور محل خلاف، فهناك نصوص تدل على العذر بالجهل، كالمسيء صلاته لم يطلب منه إعادة تلك الصلوات، ومثله المستحاضة حيث كانت تتوهم أنها حيض، فجاءت إلى الرسول ﷺ، وهي تشكو أنها حبستها عن الصلاة والصيام، ولم يطلب منها

---

(١) الذخيرة للقرافي (٦/ ٢٨).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨).

(٣) إعانة الطالبين (١/ ٢٢٣)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٢/ ٨٢).

الرسول ﷺ فعل الصلوات التي تركتها، ومنها صلاة عمار حين أجنب مع أنه لم يأت بالصفة المشروعة في التيمم، وإنما تمرغ كما تتمرغ الدابة، ومنها صاحب العقالين عندما أكل متوهمًا أنهما الخيط الأبيض والخيط الأسود، ولم يؤمر بالقضاء، ومنها لما أفطر الصحابة في يوم غيم ظنًا منهم أن الشمس قد غربت، ثم طلعت الشمس، ولم ينقل أنهم قضوا، ونصوص كثيرة، فالاقتصار على هذه النصوص فقط نزعة ظاهرية، وفتح الباب على الإطلاق قال الشاطبي: «خرق لا يرقع، والاقتصار فيه على بعض النصوص دون بعض تحكم يأباه العقل والنقل»(١).

قال القرافي: «اعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها، وأخذ بجهالات، فلم يعف عن مرتكبها، وضابط ما يعفى عنه من الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه، ولا يشق لم يعف عنه»(٢).

وقال أيضًا: «الجهل قسمان: منه ما يتعذر الاحتراز منه غالبًا، أو فيه مشقة، فجعله الشارع عذرًا لمن ابتلي به... ومنه ما ليس كذلك، فلا يعذر به... وإلا فالأصل أن الجهل لا يجدي خيرًا، ولا يكون عذرًا»(٣).

ومن الصعوبة أن أتتبع جميع فروع المسائل في كتاب يبحث في باب المعاملات فقط، ولكني سأشير إلى أهم ما يكشف غموض هذا الباب، وما لم يذكر يقاس على ما ذكر.

---

(١) الموافقات (١/ ١٦٨).
(٢) الفروق (٢/ ١٤٩، ١٥٠).
(٣) الذخيرة (٦/ ٢٩).

التنبيه الأول:

لا فرق بين الأمور القطعية في الدين، وبين الأمور الظنية في أن الإنسان يعذر فيها بالجهل[١].

(ح - ٤٦) فقد روى البخاري من طريق معمر، عن الزهري، عن حميد ابن عبد الرحمن، عن أبي هريرة ﵁، عن النبي ﷺ قال: **كان رجل يسرف على نفسه، فلما حضره الموت، قال لبنيه: إذا أنا مت فأحرقوني، ثم اطحنوني، ثم ذروني في الريح، فوالله لئن قدر عليَّ ربي ليعذبني عذابًا ما عذبه أحدًا، فلما مات فعل به ذلك، فأمر الله به الأرض، فقال: اجمعي ما فيك منه، ففعلت، فإذا هو قائم، فقال: ما حملك على ما صنعت؟ قال: يا رب خشيتك، فغفر له**[٢].

قال ابن تيمية: «هذا الرجل اعتقد أن الله لا يقدر على جمعه إذا فعل ذلك، أو شك، وأنه لا يبعثه، وكل من هذين الاعتقادين كفر يكفر من قامت عليه الحجة، لكنه كان يجهل ذلك، ولم يبلغه العلم بما يرده عن جهله، وكان عنده إيمان بالله وبأمره ونهيه، ووعده ووعيده، فخاف من عقابه، فغفر الله له بخشيته، فمن أخطأ في بعض مسائل الاعتقاد من أهل الإيمان بالله، وبرسوله، وباليوم الآخر، والعمل الصالح لم يكن أسوأ حالًا من الرجل فيغفر الله خطأه، أو يعذبه إن كان منه تفريط في اتباع الحق..»[٣].

وقال ابن عبد البر: «هذا رجل جهل بعض صفات الله ﷻ، وهي القدرة...

---

(١) الشرح الممتع (٢/ ٢٤).

(٢) البخاري (٣٤٨١)، ورواه مسلم (٢٧٥٦).

(٣) الاستقامة (١/ ١٦٤)، وانظر مجموع الفتاوى (١٢/ ٤٩٠)، و (٢٣/ ٣٤٦ - ٣٤٩).

ولم يكن بجهله بعض صفات الله كافرًا، قالوا: وإنما الكافر من عاند الحق، لا من جهله، وهذا قول بعض المتقدمين من العلماء، ومن سلك سبيلهم من المتأخرين...»[1].

التنبيه الثاني:

ضمان الإتلاف في الخطأ لا يقدح في كون الإنسان معذورًا في الجهل، فضمان الإتلاف قد يلحق حتى العجماوات من البهائم، كما يضمن النائم والمجنون والصبي ما يتلفه من أموال الناس مع أنهم ليسوا من أهل التكليف أصلًا.

«قال أحمد: من زعم أن الخطأ والنسيان مرفوع فقد خالف كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، فإن الله أوجب في قتل الخطأ الكفارة»[2].

التنبيه الثالث:

الفرق بين الجهل بالتحريم والجهل بالحكم المترتب عليه.

فمن جهل التحريم سقط عنه الحكم المترتب عليه، ومن علم بالتحريم وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك.

قال السيوطي: «كل من علم تحريم شيء، وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك»[3].

وقال الزركشي: «الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم في الظاهر لمن يخفى عليه لقرب عهده بالإسلام ونحوه.

---

(١) التمهيد (١٨/ ٢٣٩).

(٢) تلخيص الحبير (١/ ٢٨٢)، طبقات الشافعية الكبرى (٢/ ٢٥٤، ٢٥٥)، وانظر شرح العمدة (٣/ ٤٠٣).

(٣) الأشباه والنظائر (ص٢٠١).

فإن علم التحريم وجهل المرتب عليه لم يعذر.

ولهذا لو جهل تحريم الكلام في الصلاة عذر، ولو علم التحريم وجهل الإبطال بطلت. . .»[(١)].

قلت: يشهد لهذا حديث الرجل الذي جامع امرأته في نهار رمضان، فإنه كان عالمًا بالتحريم، لقوله «هلكت يا رسول الله»، ولم يكن عالمًا بما يترتب عليه، ولذلك سأل رسول الله ﷺ ماذا عليه، ووجبت عليه الكفارة، ولم يعذر بجهله في الحكم المترتب على الفعل[(٢)].

التنبيه الرابع:

الفرق بين فعل المأمور، وترك المحظور، فمن وقع جهله في حقوق الله تعالى، وكان بترك مأمور لم يسقط، بل يجب تداركه ما دام يمكنه ذلك، وإن وقع في فعل منهي عنه سقط عنه.

قال الزركشي «فالجهل والنسيان يعذر بهما في حق الله تعالى المنهيات دون المأمورات، والأصل فيه حديث معاوية بن الحكم، لما تكلم في الصلاة، ولم يؤمر بالإعادة لجهله بالنهي.

وحديث يعلى بن أمية حيث أمره النبي ﷺ بنزع الجبة عن المحرم، ولم يأمره بالفدية لجهله. . . والفرق بينهما من جهة المعنى: أن المقصود من المأمورات إقامة مصالحها، وذلك لا يحصل إلا بفعلها، والمنهيات مزجور عنها بسبب مفاسدها امتحانًا للمكلف بالانكفاف عنها، وذلك إنما يكون

---

(١) ويشهد له حديث معاوية بن الحكم، حيث تكلم في الصلاة جاهلًا ولم يأمره بالإعادة، والحديث في مسلم (٥٣٧).

(٢) انظر الحديث في البخاري (١٩٣٦)، ومسلم (١١١١) من مسند أبي هريرة.

بالتعمد لارتكابها، ومع النسيان والجهالة لم يقصد المكلف ارتكاب المنهي، فعذر بالجهل فيه»[١].

ومن ذلك: من صلى ناسيًا طهارته فصلاته باطلة، ومن صلى بثوب نجس ناسيًا فصلاته صحيحة، وقد صلى الرسول ﷺ وفي نعليه نجاسة، فأخبره جبريل بذلك، وهو في صلاته، فخلعهما، وبنى على صلاته، ولم يبطل الجزء الذي صلاه، هو متلبس بالنجاسة.

ومن ذلك أوجب المالكية على المزكي ماله نية الزكاة عند عزلها، أو عند دفعها لمستحقها، فإن لم ينو ولو جهلًا أو نسيانًا لم يجزه[٢]. لأن هذا من باب فعل المأمور الذي لا يسقط بالجهل أو النسيان.

ومنه ما ذكر فقهاء المالكية والحنابلة أن من ترك التسمية على الذبيحة، ولو جهلًا لم تؤكل ذبيحته، كما لو تركها عمدًا، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١][٣].

التنبيه الخامس:

الفرق بين من نشأ في بلد الإسلام، وبين ظهراني العلماء، ومن نشأ في بلاد الكفر، أو في البادية حيث لا يوجد علماء.

قال السيوطي: «كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس، لم يقبل منه دعوى الجهل، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة

---

(١) المنثور في القواعد (٢/ ١٩)، وقد نقله من ابن دقيق العيد كما في إحكام الأحكام (١/ ٣٤٣).
(٢) انظر الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي (١/ ٥٠٠).
(٣) الفواكه الدواني (١/ ٣٨٢)، منح الجليل (٢/ ٤٣٩)، كشاف القناع (٦/ ٢٠٩).

يخفى فيها مثل ذلك، كتحريم الزنى، والقتل، والسرقة، والخمر، والكلام في الصلاة، والأكل في الصوم»[١].

قال في حواشي الشرواني: «من جهل تحريم الزنا لقرب عهده بالإسلام، أو بعده عن المسلمين... إنما يقبل منه ببينة»[٢].

ولذلك لم يقبل عمر تأويل الصحابي رضي الله عنه قدامة بن مضعون حين شرب الخمرة متأولًا قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ﴾ [المائدة: ٩٣]؛ لأن مثله لا يجهل تحريم الخمر، أو لأنه عرف التحريم، وتأول في العقوبة[٣].

وقد عذر الرسول ﷺ الأعرابي المسيء صلاته، فقد قال له الرسول ﷺ: «**ارجع فصل فإنك لم تصل**» ومع ذلك لم يطلب منه إعادة الصلوات الماضية، مع الحكم عليه بأنه لم يصل.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٠٠)، وانظر إعانة الطالبين (١/ ٢٢٣، ٢٢٤)، المنهج القويم (ص٢٤٤).

(٢) حواشي الشرواني (٩/ ١٠٧).

(٣) فقد روى عبد الرزاق في المصنف (١٧٠٧٦) عن معمر، عن الزهري، قال: أخبرني عبد الله بن عامر بن ربيعة، وكان أبوه ممن شهد بدرًا، أن عمر بن الخطاب استعمل قدامة بن مظعون على البحرين، وهو خال حفصة، وعبد الله ابن عمر، فقدم الجارود سيد عبد القيس على عمر من البحرين، فقال: يا أمير المؤمنين إن قدامة شرب فسكر... وفيه: فقال عمر لقدامة: إني حادك، فقال: لو شربت كما يقولون ما كان لكم أن تجلدوني، فقال عمر: لم؟ قال قدامة: قال الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟﴾ [المائدة: ٩٣]، فقال عمر: أخطأت التأويل، إنك إذا اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك. وفي آخره أن عمر جلده الحد.
وسنده صحيح. ومن طريق عبد الرزاق أخرجه البيهقي في السنن (٨/ ٣١٥).

التنبيه السادس:

إذا نطق الأعجمي بكلمة كفر، أو إيمان، أو طلاق، أو إعتاق، أو بيع، أو شراء، أو نحوه، ولا يعرف معنى ما تكلم به، لا يؤاخذ بشيء منه؛ لأنه لم يلتزم بمقتضاه، ولم يقصد إليه. وكذلك إذا نطق العربي بما يدل على هذه العبارة بلفظ أعجمي لا يعرف معناه، فإنه لا يؤاخذ[١].

وحكي في ذلك الإجماع، قال المرداوي: «فإن قاله العربي - يقصد صريح الطلاق بلغة العجم - وهو لا يفهمه، أو نطق الأعجمي بلفظ الطلاق، وهو لا يفهمه، لم يقع، بلا نزاع»[٢].

التنبيه السابع:

من عمل بتأويل، ولو لم يكن سائغًا، أو أخذ بأصل، ولو كان ذلك الأصل الذي عمل عليه غير مستند إلى دليل، كان ذلك عذرًا.

وقد مثل ابن قدامة في المغني بمذهب الخوارج، فقد عرف عنهم تكفيرهم لكثير من الصحابة ومن بعدهم، واستحلال دمائهم، وأموالهم، واعتقادهم التقرب إلى الله بقتلهم، ومع ذلك لم يحكم أكثر الفقهاء بكفرهم لتأويلهم، وكذلك يُخَرَّج في كل محرم استحل بتأويل[٣].

ومن ذلك اعتبار المرأة التي كانت تستحاض بأن الدم مانع من الصلاة، والصيام، فقد بنت على أصل، وهو أن الأصل في الدم الخارج من المرأة أنه دم حيض يمنع من الصلاة، والصيام، فلم تكلف إعادة ما تركته من الصلاة.

(١) المنثور في القواعد (٢/ ١٣، ١٤).
(٢) الإنصاف (٨/ ٤٧٥).
(٣) المغني (٩/ ٢١، ٢٢).

قال الشاطبي في الموافقات: «ومما وقع في المذهب في المستحاضة تترك الصلاة زمانًا، جاهلة بالعمل أنه لا قضاء عليها فيما تركت، قال في مختصر ما ليس في المختصر: لو طال بالمستحاضة والنفساء الدم، فلم تصل النفساء ثلاثة أشهر، ولا المستحاضة شهرًا، لم يقضيا ما مضى إذا تأولتا في ترك الصلاة دوام ما بهما من الدم...»(١).

ومن ذلك أخذ عمار بأن التيمم للجنب يجب تعميم البدن فيه بالتراب، فهو قد قاسه على طهارة الأصل: وهو الماء.

التنبيه الثامن:

[م - ١٠٢] المقبوض بعقد باطل جهلًا، هل ينقلب صحيحًا بالقبض؟

إذا قبض المبيع بعقد باطل، فقد ذهب الأئمة الأربعة إلى وجوب رده مطلقًا ما دامت عينه قائمة، سواء كان العاقد عالمًا بفساده، أو كان جاهلًا، فينقض بكل اعتبار.

[م - ١٠٣] فإن تلفت عينه بيد المشتري، فهل يضمنه المشتري؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم على قولين:

القول الأول:

لا يضمنه، لأنه أمانة في يده، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى(٢).

القول الثاني:

يضمنه كما لو قبضه بعقد صحيح، وهو مذهب الجمهور(٣)، وقول في مذهب

---

(١) الموافقات (١/ ٢٧٣).

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٦٥)، مجمع الضمانات (ص١/ ٤٧٨).

(٣) ففي مذهب المالكية قال خليل في مختصره: «وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض». =

الحنفية(١).

وقد سبق ذكر أدلة كل قول في المجلد الأول.

التنبيه التاسع:

هذا فيما يتعلق بالضوابط، أما أقوال المذاهب في هذا:

[م - ١٠٤] فقد ذهب الحنفية أن الجهل بحكم الشرع ليس بعذر، وفرقوا بينه وبين النسيان. قال في بدائع الصنائع: «الجهل بحكم الشرع ليس بعذر، والنسيان عذر، ألا ترى أن من ظن أن الأكل لا يفطر الصائم، فأكل، بطل

= قال الخرشي في شرحه لهذه العبارة: «يريد أن ضمان المبيع في البيع الفاسد لا ينتقل من ضمان البائع إلى المشتري إلا بقبضه قبضًا مستمرًا في العقد... لأن المبتاع لم يقبضه إلا لحق نفسه على نحو ما يقبضه المالك، لا يوثقه كالرهان، ولا للانتفاع به مع بقاء عينه كالعواري... وقيدنا القبض بالاستمرار لنحترز عما إذا اشترى سلعة شراء فاسدا فقبضها المشتري، ثم ردها إلى البائع على وجه أمانة، أو غير ذلك، كما لو استثنى ركوب الدابة فهلكت بيد البائع، فإن ضمانها من البائع، وقبض المشتري لها كلا قبض؛ لأنه يقول كان لي أن أردها عليك وها هي في يدك».

وانظر الفواكه الدواني (٢/ ٨٧) مواهب الجليل (٤/ ٣٨٠)، التاج والإكليل (٦/ ٢٥٧، ٢٥٨).

وفي مذهب الشافعية: جاء في الحاوي الكبير (١١/ ٤٢) «أصول الشرع مستقرة على أن أحكام العقود الفاسدة معتبرة بأحكامها في الصحة».

وفي كتاب المنثور في القواعد (٢/ ٨، ٩): «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه» وانظر الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٣٠٧)، وللسيوطي (ص٤٧٤، ٤٧٥)، المجموع (٩/ ٣٣٨).

ومذهب الحنابلة.

انظر: كشاف القناع (٣/ ٢٦٨)، قواعد ابن رجب القاعدة (٦٧)، وفي مجلة الأحكام الشرعية، المادة (٣٢٦): «لا تصح التصرفات في المقبوض بعقد فاسد، وهو مضمون بزوائده ومنافعه».

(١) انظر الإحالات في القول الأول.

صومه، ولو أكل ناسيا لا يبطل»[١].

وقيده في العناية في كون الجهل في دار الإسلام، فقال: «الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر»[٢].

وخالفهم المالكية، قال الشاطبي: «عمدة مذهب مالك، بل عمدة مذاهب الصحابة اعتبارُ الجهل في العبادات اعتبارَ النسيان على الجملة، فعدوا من خالف في الأفعال أو الأقوال جهلًا على حكم الناسي، ولو كان المخالف في الأفعال دون القصد مخالفًا على الإطلاق لعاملوه معاملة العامد، كما يقول ابن حبيب ومن وافقه، وليس الأمر كذلك، فهذا واضح في أن للقصد الموافق أثرًا، وهو بين في الطهارات والصلاة والصيام والحج، وغير ذلك من العبادات، وكذلك في كثير من العادات كالنكاح والطلاق والأطعمة والأشربة وغيرها.

ولا يقال: إن هذا ينكسر في الأمور المالية، فإنها تضمن في الجهل والعمد؛ لأنا نقول الحكم في التضمين في الأموال شيء آخر؛ لأن الخطأ فيها مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها»[٣].

وفي مذهب الشافعية اعتبر الجهل بمنزلة الخطأ والنسيان.

قال السمعاني في قواطع الأدلة: «وأما الجهل فمثل الخطأ والنسيان، فإن الجهل بالحق لا يكون إلا بالجهل بدليله، وسبب وجوبه، فيكون الإعراض عن إقامته لا عن قصد العصيان والخلاف، بل كما يكون في المخطئ والناسي،

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٥٠)، وانظر حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٩٩)، البحر الرائق (٢/ ٢٨٢)، المبسوط (١١/ ٢٣٩).

(٢) العناية (٣/ ٤٦٠)، وانظر الفتاوى الهندية (٦/ ٢٣٩).

(٣) الموافقات (٣/ ٥١)، وقد ذكر القرافي في الذخيرة سبع مسائل لا يعذر فيها بالجهل، انظر الذخيرة (٧/ ٣٨٠، ٣٨١).

ويكون الجاهل عاجزًا حكمًا كالناسي، ويكون الجهل عذرًا يؤخر حكم الخطاب، ولا يسقط الوجوب أصلًا كالخطأ، والنسيان»(١).

ولم يطَّرد الحنابلة في العذر بالجهل فتجد أنهم قبلوا دعوى الجهل بتحريم الزنا، وشرب الخمر، إذا كان مثله يجهل لحداثة عهده بالإسلام، أو لكونه نشأ في البادية، ولم يجعلوا الجهل عذرًا في بعض الأحكام، فالجهل في ترك واجب من واجبات الحج يجب فيه عندهم الدم، سواء كان ناسيًا، أو جاهلًا، كما أن قتل الصيد، والوطء وحلق الشعر في الحج يستوي فيه العامد والجاهل والناسي، ومثله ترك الترتيب الواجب في الوضوء، أو في الصلاة، لا يسقط بالجهل.

جاء في شرح منتهى الإرادات: «ولا يحد، ولا يعزر شارب خمر جهل التحريم. . . ولا تقبل دعوى الجهل ممن نشأ بين المسلمين؛ لأنه لا يكاد يخفى»(٢).

وقال ابن قدامة «قتله بسحر يقتل غالبًا، ففيه القود؛ لأنه يقتل غالبًا، أشبه السكين، وإن كان مما لا يقتل غالبًا، فهو خطأ العمد، وإن ادعى الجهل بكونه يقتل غالبًا، وكان مما يجوز خفاؤه عليه، فلا قود»(٣).

(١) قواطع الأدلة (٥/ ٢٣٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٣/ ٣٦٢)، وانظر الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٠١)، شرح العمدة (٣/ ٤٠٣).

(٣) الكافي (٤/ ١٦)، وإذا عرفنا أقوال الفقهاء في الغلط في الحكم الشرعي بسبب الجهل، يقابله في التسمية في القانون ما يسمى (الغلط في القانون)، وهو فهم مسألة قانونية من طريق الخطأ، فإذا بعت بصفتي قيمًا عقارًا مملوكًا للقاصر دون أخذ رضا المحكمة، معتقدًا أن البيع لا تتوقف صحته على إجازة المحكمة، فهذا الغلط يعيب الرضا بمن وقع من جانبه الغلط، وقولنا: يعيب الرضا بمعنى أنه لا يعدمه، فإذا أجازت المحكمة البيع أصبح نافذًا.
=

والصحيح أن الجهل بحكم الشرع عذر إن كان مثله يجهل، إلا ما كان فيه إتلاف فإنه يضمن، احترامًا لأموال الناس، ولدفع الضرر عن الآخرين والله أعلم.



= يقول القانون المدني المصري في مادته (١٢٢): يكون العقد قابلًا للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقًا للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره.

ويقول القانون الأردني في مادته (١٥٤): «للعاقد إذا وقع منه غلط في القانون، وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقًا للمادتين (١٥١، ١٥٣) ما لم يقض القانون بغيره».

ويقول قانون الموجبات اللبناني في مادته (٢٠٦): إن الغلط القانوني يعتد به، ويعيب الرضا كالغلط العملي.

المبحث الثالث
يشترط في الرضا ألا يشوبه شيء من التدليس

❑ تمهيد ❑

ذكرنا الأدلة الصحيحة من الكتاب والسنة على أن الرضا شرط في صحة البيع، وبيَّنا حكم ما إذا شاب الرضا شيء من الإكراه أو الغلط، هل يبطل العقد، أو يكون موقوفًا على إجازة المكرَه بعد رفع الإكراه، وعلى إجازة من وقع عليه الغلط، ونبين في هذا المبحث إن شاء الله تعالى حكم الرضا إذا شابه شيء من التدليس، فهل ينعدم الرضا بحيث يكون البيع باطلًا، أو يعيبه فقط فيكون قابلًا للإبطال وقابلا للنفاذ، كما لو اختار من وقع عليه التدليس إبطاله، أو إمضاءه، هذا ما سوف نكشفه في هذا المبحث.

والأصل في التدليس حديث أبي هريرة في التصرية:

(ح -٤٧) فقد روى البخاري من طريق جعفر بن ربيعة، عن الأعرج، قال أبو هريرة، عن النبي ﷺ: **لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر**[١].

[م - ١٠٥] وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في الموقف من هذا الحديث على قولين:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله إلى أنه لا خيار للمشتري

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨)، ورواه مسلم (١١ - ١٥١٥).

بسبب التصرية[١]، وهو قول أشهب من المالكية[٢].

وهل يرجع المشتري على البائع بالنقصان؟ روايتان: في رواية الكرخي لا يرجع بشيء[٣].

وفي رواية شرح الطحاوي يرجع، وذلك لفوات وصف مرغوب فيه[٤]، وهو المختار[٥].

القول الثاني:

ذهب عامة أهل العلم إلى أن البيع لا يبطل بالتدليس، وأن العقد صحيح مع

---

(١) ومع أن أبا حنيفة محمد بن الحسن رحمهما الله تعالى ذهبا إلى القول بعدم الرد بسبب التصرية، والسبب في هذا أنهما لا يريان التصرية عيبًا، فالخلاف خلاف في تحقيق المناط، وليس في أصل القول، وكذلك لا يعتبرونه عيبًا لو ألبس عبده ثياب الخبازين، فظنه خبازًا فليس له أن يرده؛ أو سود أنامله، وأجلسه على المعرض حتى ظنه المشتري كاتبًا، فليس له أن يرده؛ لأنه مغتر، وليس بمغرور، وأما الرد بالعيب فأبو حنيفة ومحمد بن الحسن يقولان بخيار العيب، فإذا ظهر في السلعة عيب، وكتمه البائع، فللمشتري الخيار، وهو أحد نوعي التدليس، لأن التدليس تارة يكون في كتمان عيب في السلعة، وتارة يكون في إظهارها بصفة الكمال، وهي ليست كذلك كما في التصرية، قال في بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٠): «السلامة من العيب مطلوبة، ففواتها يوجب الخيار كما في سائر البياعات».
وقال الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٩): «ألا ترى أن رجلًا لو اشترى عبدًا، فقبضه، وتفرقا، ثم رأى به عيبًا بعد ذلك أن له رده على بائعه باتفاق المسلمين».
وانظر تبيين الحقائق (٦/ ٧٧)، البحر الرائق (٨/ ٢٨٧). وسوف يأتي إن شاء الله تعالى مزيد بحث في باب الخيارات، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

(٢) التاج والإكليل (٤/ ٤٣٧).

(٣) البحر الرائق (٦/ ٥١)، شرح فتح القدير (٦/ ٤٠٠).

(٤) شرح معاني الآثار (٤/ ٢٠)، البحر الرائق (٦/ ٥١)، شرح فتح القدير (٦/ ٤٠٠).

(٥) قاله في الدر المختار (٥/ ٤٤).

الإثم، وللمشتري الخيار، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء رده[١].

وذهب داود بن علي إلى أن البيع باطل بالتدليس[٢].

وسوف يأتينا إن شاء الله تعالى ذكر الأدلة في كتاب الخيار، (باب خيار التدليس) فقد تكلمنا فيه ولله الحمد عن تعريف التدليس، وعن حكمه التكليفي، وعن حكمه الوضعي، وأدلة كل قول، مع بيان الراجح، فانظره هناك مشكورًا.



(١) انظر في مذهب المالكية: التاج والإكليل (٤/ ٤٣٧)، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي (٣/ ١٦، ١٧)، وانظر حاشية الدسوقي معه، الاستذكار (٢٠/ ٢٥١) و(٢١/ ٨٩)، الذخيرة (٥/ ٦٣)، مواهب الجليل (٤/ ٤٣٧ - ٤٣٩).
وانظر في مذهب الشافعية: الأم (٣/ ٦٨)، المجموع (١١/ ١٩٤)، طرح التثريب (٦/ ٧٨)، روضة الطالبين (٣/ ٤٦٧)، إعانة الطالبين (٣/ ٣٣)، التنبيه (ص٩٤)، أسنى المطالب (٢/ ٦١).
وانظر في مذهب الحنابلة: مسائل أحمد رواية عبد الله (٣/ ٩١٠)، رواية صالح (٦٦٩)، الهداية (١/ ١٤١)، شرح الزركشي (٥/ ٢٠٤١ - ٢٠٥٢)، الفروع (٤/ ٩٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٠٥)، المقنع في شرح الخرقي (٢/ ٦٨٣)، الإنصاف (٤/ ٣٩٩).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٢٦٩)، ولعل هذا القول لا يثبت عنه، فإن القول المنسوب إليه كما في المغني (٤/ ١٠٦)، والمجموع أنه لا يثبت الخيار بتصرية البقرة؛ لأن الحديث: «لا تصروا الإبل والغنم» فدل على أن ما عداهما بخلافهما.

المبحث الرابع
يشترط في الرضا سلامته من الغبن الفاحش

الفرع الأول
في تعريف الغبن وبيان حكمه

ذكرنا من شروط العاقد أن يكون مختارًا (أي راضيًا) وذكرنا فيما سبق العيوب التي تنافي الاختيار، أو تقدح فيه: من إكراه، أو غلط، أو تدليس، وفي هذا المبحث نبين عيبًا آخر يقدح في اختيار العاقد، وهو أن يتعرض للغبن؛ لأن العاقد لو علم أنه مغبون لما أقدم على العقد، وفي هذا دليل على أن الغبن عيب يشوب الرضا، الذي هو شرط في صحة العقد.

❑ **تعريف الغبن في الاصطلاح(١):**

عرفها الحطاب بقوله: «عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، أو اشتراها كذلك»(٢).

[م - ١٠٦] وأما عن حكم الغبن، فإن كان الغبن يسيرًا، فإن ذلك لا يؤثر في صحة المعاملة؛ لأن معاملات المسلمين لا تخلو منه في الغالب؛ ولأن اليسير يتسامح فيه عادة.

---

(١) جاء في المصباح المنير: «غَبَنَهُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ غَبْنًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ، مِثْلُ غَلَبَهُ فَانْغَبَنَ، وَغَبَنَهُ أَيْ: نَقَصَهُ، وَغُبِنَ بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ فَهُوَ مَغْبُونٌ: أَيْ مَنْقُوصٌ فِي الثَّمَنِ أَوْ غَيْرِهِ، وَالْغَبِينَةُ اسْمٌ مِنْهُ، وَغَبِنَ رَأْيَهُ غَبَنًا مِنْ بَابِ تَعِبَ قَلَّتْ فِطْنَتُهُ وَذَكَاؤُهُ».
انظر المصباح المنير (ص٤٤٢).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٦٨، ٤٦٩).

وإن كان فاحشًا فإن الغبن محرم؛ لأن فيه ظلمًا.

قال ابن العربي: «الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع في حكم الدنيا؛ إذ هو من باب الخداع المحرم شرعًا في كل ملة، لكن اليسير منه لا يمكن الاحتراز منه لأحد، فمضى في البيوع، إذ لو حكمنا برده ما نفذ بيع أبدًا؛ لأنه لا يخلو منه، حتى إذا كان كثيرًا أمكن الاحتراز منه، فوجب الرد به»[١].

قال ابن هبيرة: «واتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته»[٢].

ومفهومه: أنه إن كان فاحشًا فإنه يؤثر في صحته.

وأما المعيار في تقدير الغبن الفاحش من الغبن اليسير، ففيه أقوال، والصحيح منها: أن مرجع ذلك إلى عرف التجار، فما عد من الغبن الفاحش، فهو كثير، وما لا فلا، وانظر الأقوال في المسألة مع أدلتها في مبحث خيار الغبن، فقد وضحته هناك، والحمد لله.



(١) أحكام القرآن لابن العربي (٤/ ٢٢٤).

(٢) الإفصاح (ص٣٢٤).

الفرع الثاني
خلاف العلماء في الغبن القادح في الرضا

[م - ١٠٧] إذا وقع الإنسان في الغبن الفاحش، فإن كان العاقد قد دخل على بينة، ولم يقع تحت تغرير الآخر، فليس له الحق في المطالبة في إبطال العقد أو تغييره بحجة الغبن، كما لو اشترى شخص شيئًا أعجبه بثمن يعادل ضعف قيمته من شخص لا يقبل أن يبيعه إلا بهذا الثمن؛ وذلك لأن الغبن قد رضي فيه المشتري، ولم يقع تحت تغرير البائع، والمشتري نفسه هو الذي أغرى البائع بدفع هذا العوض الكبير؛ ليرضى بالبيع مقابل هذا العوض، والبائع لم يفكر في البيع إلا مع كون البيع فيه غبطة كبيرة له؛ ولأن المشتري إذا كان عالمًا بثمن السلعة، وزاد البائع على قيمتها فهو كالواهب لما زاد، وهذا لا يبطل البيع، وقد حكى فيه القرطبي الإجماع على جواز مثل ذلك.

قال القرطبي: «والجمهور على جواز الغبن في التجارة، مثل أن يبيع رجل ياقوتة بدرهم، وهي تساوي مائة ألف، فذلك جائز، وأن المالك الصحيح الملك جائز له أن يبيع ماله الكثير بالتافه اليسير، وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء إذا عرف قدر ذلك، كما تجوز الهبة لو وهب»[1].

جاء في البحر الرائق: «اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري» قلت: مفهومه أنه إذا علم به المشتري فلا رد إذًا.

ثم قال: «وقال الإمام جمال الدين جدي: إن غره فله الرد، وإلا فلا»[2].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ١٥٢).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٢٦).

وجاء في التاج والإكليل «حكى ابن القصار أن مذهب مالك: للمغبون الرد إذا كان فاحشًا، وهذا إذا كان المغبون جاهلًا بالقيم»[١].

ومعناه: إذا لم يكن جاهلًا في القيمة، وعلم أنه مغبون فيها، ودخل على بينة فلا رد بدعوى الغبن.

وقال ابن حزم: «ولا يحل بيع شيء بأكثر مما يساوي ولا بأقل مما يساوي.... إلا بمعرفة البائع والمشتري معًا بمقدار الغبن في ذلك، ورضاهما به»[٢].

[م - ١٠٨] أما إذا كان الغبن لم يقع تحت رضا المشتري، فهل يعتبر الغبن قادحًا في الرضا، والذي هو شرط في صحة البيع؟

اختلف العلماء في ذلك على خمسة أقوال:

القول الأول

له الرد مطلقًا، وبه يفتى في مذهب الحنفية[٣]، واختاره البغداديون من المالكية[٤]، وقول في مذهب الحنابلة[٥].

---

(١) التاج والإكليل (٤/ ٤٦٨).

(٢) المحلى (مسألة: ١٤٦٤).

(٣) البحر الرائق (٦/ ١٢٥).

(٤) قال القرطبي في المفهم (٤/ ٣٨٦): «الغبن هل يوجب الخيار للمغبون أم لا؟ فذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك - في أحد قوليه - إلى نفي الخيار، وذهب آخرون إلى لزوم الخيار، وإليه ذهب البغداديون من أصحابنا...».
وقال ابن العربي في أحكام القرآن (٤/ ٢٢٤): «كل من اطلع على غبن في مبيع فإنه مردود إذا زاد على الثلث، واختاره البغداديون».

(٥) الفروع (٤/ ٩٧).

القول الثاني:

ليس له الرد إذا لم يوجد تغرير.

قال ابن نجيم الحنفي: وهو جواب ظاهر الرواية[١]، وهو قول في مذهب المالكية[٢]، ومذهب الشافعية[٣].

القول الثالث:

ليس له الرد إلا في صورتين في بيع الاستئمان والاسترسال، أو يكون البائع بالغبن أو المشتري به وكيلًا، أو وصيًا، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية[٤].

والاستئمان والاسترسال: هما شيء واحد، كما ذكر العدوي في حاشيته على الخرشي[٥].

وهو أن يقول البائع: أنا لا أعلم قيمة سلعتي فاشتر سلعتي كما تشتري من غيري، أو يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة السلعة فبعني كما تبيع غيري، فيغبنه الآخر[٦].

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٢٥).
وجاء في نص مجلة الأحكام العدلية مادة (٣٥٦): «إذا وجد غبن فاحش في البيع، ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم، فلا يصح البيع، ومال الوقف، وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم» اهـ.

(٢) منح الجليل (٥/ ٢١٨، ٢١٩).

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٧٠): «مجرد الغبن لا يثبت الخيار، وإن تفاحش، ولو اشترى زجاجة بثمن كثير يتوهمها جوهرة، فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن؛ لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة».

(٤) مواهب الجليل (٤/ ٤٧٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠)، الخرشي (٥/ ١٥٢)، الشرح الصغير (٣/ ١٩٠)، الذخيرة (٥/ ١١٢، ١١٣).

(٥) حاشية العدوي على الخرشي (٥/ ١٥٢).

(٦) انظر الخرشي (٥/ ١٥٢)، الشرح الصغير (٣/ ١٩٠)، مواهب الجليل (٤/ ٤٧٠).

القول الرابع:

ليس له الرد إلا في ثلاث صور:

الأولى: في بيع المسترسل: وهو الجاهل بقيمة السلعة من بائع أو مشتر، ولا يحسن المماكسة.

الثانية: في زيادة الناجش: وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، ليضر المشتري.

الثالثة: في تلقي الجلب: إذا اشترى منهم، أو باع لهم، فلهم ا لخيار إذا هبطوا السوق، وعلموا أنهم قد غبنوا، وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة(١).

والفرق بين الاسترسال عند المالكية والحنابلة:

الاسترسال عند المالكية: أن يطلب المشتري، أو البائع من الآخر، أن يكون البيع بسعر السوق، فيكذب فيه، فموجب الرد بالغبن عندهم: جهل المشتري أو البائع بالقيمة، وكذب الآخر(٢).

وأما الاسترسال عند الحنابلة: أن يكون جاهلًا بالقيمة، ولا يحسن المماكسة، ولو لم يحصل كذب صريح من الطرف الآخر، ويثبت جهله إما بالبينة، وإما بقوله مع يمينه(٣).

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤١)، الإنصاف (٤/ ٣٩٤)، كشاف القناع (٣/ ٢١١)، حاشية الروض لابن قاسم (٤/ ٤٣٣).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/ ١٤٠).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٩٧)، المبدع (٤/ ٧٩).

القول الخامس:

الغبن يبطل العقد من أصله، وهو قول داود الظاهري(١).

فتحصل مجموع الأقوال إلى ما يلي:

الأول: للمغبون الرد مطلقًا.

الثاني: ليس له الرد مطلقًا.

الثالث: ليس له الرد إلا في بيع الاستئمان والاسترسال، وفي بيع الوكيل والوصي.

الرابع: ليس له الرد إلا إذا غبن عن طريق تلقي الجلب، أو زيادة الناجش، أو كان مسترسلًا.

الخامس: الغبن يبطل العقد من أصله.

هذا ملخص الأقوال في المسألة، وإذا أردت أن تنظر في أدلة الأقوال فانظرها في مبحث خيار الغبن، فقد ذكرتها هناك، والحمد لله، والقول بعدم ثبوت الخيار قول قوي جدًا إلا أن القول بثبوت الخيار أقوى، لأن البيع قائم على العدل، والعدل أن يكون البائع والمشتري لا يقعان تحت طائلة الاستغلال

---

(١) ذكر ابن حزم بأن مذهب أصحابه الظاهرية بأن البيع باطل إذا وقع فيه غبن ولو علما بالغبن وتراضيا على ذلك، انظر المحلى (٨/ ٤٤٢) مسألة: ١٤٦٣ .
كما ذكر ابن الجوزي مذهب داود الظاهري رحمه الله انظر التحقيق (٢/ ١٨٤)، وأما ابن حزم رحمه الله فقد قسم الغبن بالبيع ثلاثة أقسام:
أن يشترط أحد المتبايعين السلامة من الغبن فهو بيع مفسوخ أبدًا.
أن يعلما بالغبن ويتراضيا عليه فهذا بيع صحيح.
الثالث: ألا يعلما، أو أحدهما بقدر الغبن، ولم يشترطا السلامة، فله الخيار إذا عرف ذلك، إن شاء أمسك، وإن شاء رد، انظر المحلى (٨/ ٤٤٢) مسألة: ١٤٦٣ .

وإذا ثبت الخيار في تلقي الجلب وفي زيادة الناجش كان الغاية من ذلك حتى لا يقع الجالب ونحوه تحت طائلة استغلال المشتري لجهل الجالب بسعر السوق، وإذا ثبت الخيار في تلقي الجلب كان الغبن في غيره مقيسًا عليه، ولا فرق، وإذا كان اشتراط عدم الغبن يمنع من صحة البيع إذا كان هناك غبن، فإن الشرط العرفي كالشرط اللفظي، فإن كل متعاقدين لا يرضى أحدهما أن يكون مغبونًا، ولو علم بالغبن لما أجرى العقد، وإذا لم يكن راضيًا بالغبن لم يتحقق شرط البيع: وهو التراضي بين المتعاقدين(١).

(١) وإذا عرفنا ذلك لدى الفقهاء نستعرض حكم الغبن لدى أهل القانون، ففي القانون الروماني لم يهتم بحكم الغبن في العقود إلا بالنسبة للقاصر، ثم صار يأخذه بعين الاعتبار في حالات استثنائية، كبيع العقار إذا لم يحصل البائع على نصف قيمة العقار، وكذلك في القسمة.
وفي القرون الوسطى اهتم رجال الدين النصراني (المسيحي) بالغبن اهتمامًا كبيرًا، فأوجبوا أن يكون العوض الذي يدفعه المتعاقد عادلًا، ولكي لا يؤدي ذلك إلى اضطراب المعاملات فقد وضع حدًا أعلى لا يجوز للبائع أن يتجاوزه، وحدًا أدنى لا يجوز للمشتري أن يدفع أقل منه، ولتطبيق هذه المبادئ وجد فقهاء القانون الكنسي أنفسهم مضطرين إلى تسعير الأشياء.
ولما جاءت الثورة الفرنسية وقامت على حماية الفرد، وإعلان حقوق الإنسان، أطلقت حرية التعاقد، وسلطان الإرادة، ولم تحرم الغبن حتى في بيع العقار، بل لم تضع حدًا أعلى للفائدة، وقد تأثر القانون المدني الفرنسي بما جاءت به الثورة الفرنسية، فجاءت نصوصه غير وافية في هذه المسألة، وتأثر القانون المدني المصري القديم بهذه النظرية إلا في حالات استثنائية خاصة، نص عليها القانون، ثم أخذت القوانين المادية بالتطور، فأخذت بنظرية ما يسمونه بالاستغلال، كالتقنين الألماني، إذ تنص المادة (١٣٨) منه على أنه «يعتبر باطلًا بنوع خاص كل تصرف قانوني، يستغل فيه الشخص حاجة الغير، أو طيشه، أو عدم خبرته؛ ليحصل لنفسه، أو لغيره في نظير شيء يؤديه على منافع مادية تزيد على قيمة هذا الشيء بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالًا فادحًا في التعادل، بين قيمة تلك المنافع، وقيمة هذا الشيء». =

. . . .

= وفي قانون الالتزامات السويسري الشيء نفسه، انظر مادة (٢١) منه.
وكذلك صار المشرع العربي إلى ما ذهب إليه المشرع الغربي، فنصت المادة (١٢٩) مدني مصري وليبي، والمادة (١٣٠) مدني سوري، (٢١٣) موجبات وعقود لبناني، والمادة (١٢٦) كويتي، والمادة (١٢٥) مدني عراقي، والمادة (١١٥) مدني سوداني.
وفيه فرق بين الغبن والاستغلال:
أولًا: الغبن: مظهر مادي، يثبت فيه التفاوت بين قيمة الشيء وبين ثمنه في السوق، بصرف النظر عن حالة العاقد.
أما **الاستغلال**: فهو أمر نفسي، لا يعتبر الغبن إلا مظهرًا ماديًا له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد، والتي أثرت على إرادته، والتي يمكن إلحاق مذهب المالكية والحنابلة في الاستغلال في حال المسترسل.
ثانيًا: الغبن مقصور على عقود المعاوضات خاصة، فعقود التبرعات لا محل للكلام فيها على الغبن. وأما الاستغلال فيشمل جميع العقود.
يقول القانون المدني العراقي في مادته (١٢٥): «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعًا جاز له في هذه المدة أن ينقضه».
فنص القانون العراقي على دخول الاستغلال إلى عقد التبرع، كما نص على ذلك القانون السوداني، فقد ذكر في مادته (١١٥):
«١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل، وبصورة غير مألوفة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، جاز للمحكمة بناء على طلب الطرف المغبون إبطال العقد، أو إنقاص التزامات هذا المتعاقد.
٢ - إذا كان التصرف تبرعًا، وكانت التزامات المتصرف لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته، أو مع ما يؤلف التبرع به في مثل ظروفه، جاز للمحكمة بناء على طلب المتصرف أن تبطل التصرف كليًا، أو جزئيًا إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال». =

= وإذا عرفنا الاستغلال في القوانين الأجنبية والعربية، فنستعرض بإيجاز شديد جزاء الاستغلال إذا وقع في العقد.
ففي القانون الألماني جعل الجزاء هو البطلان المطلق، وهذا ما أخذ به القانون اللبناني.
وأما القانون السويسري، والفرنسي، والإيطالي فجعل الجزاء هو الإبطال أو الإنقاص، وهذا ما أخذ به القانون المصري، والسوري، والليبي، والسوداني. وأما القانون العراقي فالجزاء فيه هو رفع الغبن إلى الحد المعقول إذا كان التصرف معاوضة، ونقض التصرف إذا كان تبرعًا.
فالطرف الذي وقع عليه الاستغلال له أن يطالب بإبطال العقد، وللقاضي أن يجيبه إلى الإبطال، أو يقوم القاضي بإنقاص التزامات المغبون إلى الحد الذي يرفع فيه الغبن الفاحش، وللقاضي في هذه الحال سلطة تقديرية يهتدي فيها بظروف الدعوى، ولا رقابة عليه في ذلك.
وفي القانون المصري، والسوري، والليبي يجوز للطرف المستغل في عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن، وليس معنى ذلك أنه يشترط التعادل بين الثمن وقيمة المبيع، بل المقصود أن تكفي الزيادة في الثمن لأن تزيل الغبن الفاحش، والمسألة مرجعها إلى تقدير القاضي.
وفي القانون السوداني يجوز للطرف المستغل في جميع الأحوال: أي في المعاوضات والتبرعات أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن، هذا ما تنص عليه المادة (١١٥) مدني سوداني.
انظر مع ما سبق: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية -. د عبد المنعم فرج الصده - (ص٢٨٧ - ٣١٥)، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والعراقي واليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية - د. عبد المجيد الحكيم (ص٤٥٥ - ٤٧٩)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - د. أنور سلطان (ص٨٤ - ٨٦)، النظرية العامة للالتزام - د. توفيق فرج د. جلال العدوي.

الشرط الثالث
أن يكون العاقد مالكًا للمعقود عليه

ذكرنا فيما سبق من الشروط التي تشترط في العاقد:

أهلية العاقد، فلا يصح بيع مجنون وسكران وصبي غير مميز، ومعتوه، ولا يصح بيع سفيه، وصبي مميز بغير إذن وليه.

وأن يكون العاقد مختارًا (أي راضيًا) وتكلمنا عن العيوب التي تنافي الاختيار أو تقدح فيه من إكراه أو غلط أو تدليس أو غبن.

وفي هذا الفصل نبحث إن شاء الله تعالى اشتراط أن يكون العاقد مالكًا للمعقود عليه أو مأذونًا له فيه، فإذا تصرف في ملك غيره بيعًا وشراء بدون إذنه فإنه يقع على نوعين من التصرف:

الأول: أن يتصرف فيه لمالكه، وهذا ما يسمى لدى الفقهاء في بيع الفضولي، وهو محل البحث هنا، فقد يحتاج الإنسان إلى بيع ملك غيره، أو يشتري منه ماله قبل أن يرجع إلى المالك، بحيث لو انتظر، ورجع إلى المالك لفاتت الصفقة على المالك، ويكون الباعث على ذلك تحقيق مصلحة للمالك، بحيث يلحظ المتصرف غبطة للمالك في البيع، أو يغلب على ظنه أنه يسر بذلك.

النوع الثاني: أن يتصرف في ملك الغير لنفسه، وليس لحظ المالك، وهذا هو الغاصب، وله أحكام مستقلة سوف نبحثها إن شاء الله تعالى في بابها، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.



المبحث الأول
في حكم بيع الفضولي

الفرع الأول
في تعريف الفضولي

❑ **تعريف الفضولي في الاصطلاح**(١):

هو من لم يكن وليًا، ولا أصيلًا، ولا وكيلًا في العقد(٢).

وقيل: بيع الفضولي: هو الذي يبيع مال غيره ممن لا ولاية له عليه، وليس وكيلا له، وعلى ما يشبه ذلك من التبرع بمال الغير بهبة أو عتق أو نحوهما، ومن استفادة الزوج مال زوجته، وهي ساكنة، ومن حضور رب الدين لقسم تركة مدينه(٣).

وإذا عرفنا بيع الفضولي، فلنعرف حكمه التكليفي وحكمه الوضعي.



---

(١) الفضولي من الفَضْلَ أي الزيادة، والجمع فُضُولٌ مثل فَلْسٍ و فُلُوسٍ، و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، و لهذا نسب إليه على لفظه فقيل (فُضُولِّي) لمن يشتغل بما لا يعنيه؛ لأنه جعل علمًا على نوع من الكلام، فنزل منزلة المفرد، وسمي بالواحد و اشتق منه (فَضَالَةٌ) مثل جهالة، وضلالة وسمي به ومنه (فَضَالَةُ بنُ عُبَيْد) و (الفُضَالَةُ) بالضم: اسم لما يفضل و(الفَضْلَةُ) مثله و (تَفَضّلَ) عليه و (أَفَضلَ) (إفضَالًا) بمعنى و(فَضّلتُهُ) على غيره (تَفْضِيلًا) صيرته أفضل منه، و(اسْتَفْضَلْتُ) من الشيء و (أَفْضَلْتُ) منه بمعنى و(الفَضِيلَةُ) و (الفَضلُ) الخير. انظر المصباح المنير (ص٤٧٥).

(٢) تعريفات الجرجاني (ص٢١٥).

(٣) شرح ميارة (٢/ ٨).

الفرع الثاني
في الحكم التكليفي لتصرف الفضولي

[م - ١٠٩] الحكم التكليفي لتصرف الفضولي قد اختلف فيه الفقهاء على أقوال:

القول الأول:

يحرم بيع الفضولي وشراؤه، قال القرافي: وهو المعتمد يعني في مذهب مالك[١].

القول الثاني:

أنه مطلوب؛ لأنه من باب التعاون على البر والتقوى، اختاره بعض المالكية[٢].

القول الثالث:

يمنع في العقار، ويجوز في العروض[٣].

---

(١) انظر أنواع البروق في أنواع الفروق (٢/ ١٦٨)، ومواهب الجليل (٤/ ٤٣).
وقال الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير (٢/ ٥٤٣): حين شرح كلمة «وطلاق الفضولي كبيعه» قال: «التشبيه في توقف كل على إجازة المالك، لا في أصل القدوم، فإنه اتفق على عدم جواز قدوم الفضولي على الطلاق، بخلاف البيع، فقيل بالحرمة، وقيل بالجواز، وقيل بالاستحباب، والمعتمد الحرمة، والفرق بينه وبين الطلاق: أن الناس شأنهم يطلبون الأرباح في سلعهم بالبيع، بخلاف النساء».
وانظر منح الجليل (٤/ ٤٥).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٧٠).

(٣) حاشية الدسوقي (٣/ ١٢).

❑ الراجح:

الراجح من الخلاف ما قاله الحطاب، قال: «الحق أن ذلك يختلف بحسب المقاصد، وما يعلم من حال المالك أنه الأصلح له»[١].

ولأن الناس يطلبون الربح في العادة، ويتطلعون له، فإذا باع أحد مالهم نيابة عنهم وكان ذلك في صالحهم لم يكن في ذلك اعتداء على حقهم، ولا ضياع لمالهم، فإن المالك هو من سوف يباشر قبض ماله، والأمر متوقف على إجازته، فإن أجازه، وإلا فحقه محفوظ. وهذا أرجح.

وأما الحكم الوضعي لتصرف الفضولي فسوف نبحثه في المبحثين التالين إن شاء الله تعالى، ونتكلم في أحدهما عن بيعه، وفي الآخر عن شرائه، يسر الله ذلك بمنه وكرمه.



(١) المرجع السابق.

الفرع الثالث
خلاف الفقهاء في صحة بيع الفضولي

جاء في مجلة الأحكام العدلية: البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفًا على إجازة ذلك الغير[١].

وجاء في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: الإجازة إذا لاقت عقدًا موقوفًا صحت[٢].

الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك[٣].

[م -١١٠] اختلف الفقهاء في صحة بيع الفضولي على قولين:

القول الأول:

ينعقد بيع الفضولي، ويكون موقوفًا على إجازة المالك.

وهذا القول هو مذهب الحنفية[٤]، والقديم من قولي الإمام...

---

(١) انظر المادة (٣٦٨).
(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية - الندوي (٢/ ١١) نقلًا من شرح الزيادات (٢٩٠٣).
(٣) الهداية مع فتح القدير (٩/ ٢٣٥).
(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٠)، المبسوط (١٣/ ١٥٣)، البناية للعيني (٧/ ٣٩٩)، شرح فتح القدير (٧/ ٥٠)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠٢، ١٠٣).
ويشترط الحنفية لإجازة عقد الفضولي شرطين، هما:
الأول: أن يكون للعقد مجيز عند وقوعه، فما لا مجيز له حال العقد لا ينعقد أصلًا.
مثاله: صبي باع مثلًا، ثم بلغ قبل إجازة وليه، فأجازه بنفسه، جاز؛ لأن له وليًا يجيزه حالة العقد، بخلاف ما لو طلق أو أعتق مثلًا، ثم بلغ، فأجازه بنفسه، لم يجز؛ لأنه وقت العقد لا مجيز له، فيبطل.
انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٧)، وهذا بناء على أن طلاق الصبي وعتقه لا يقع، وقد تقدم تحرير الخلاف.
=

الشافعي[١]، ومذهب المالكية[٢]،، وأحمد في رواية عنه[٣]، اختارها ابن تيمية[٤]، وابن القيم[٥].

القول الثاني:

بيعه باطل، وهو قول الشافعي في الجديد[٦]، والمشهور من مذهب

= **الشرط الثاني**: قيام العاقدين، والمالك، والمعقود عليه، فلو هلك العاقدان، أو أحدهما قبل الإجازة لم تلحق العقد الإجازة؛ لأن قيامهما ضروري في قيام العقد، فقيام المشتري مثلًا ليلزم الثمن، وبعد الموت لا يلزمه شيء، ما لم يكن لزمه حال حياته، وقيام البائع ليلزمه حقوق العقد، ولا تلزمه إلا حيًا، وقيام المالك؛ لأن الإجازة لا تكون إلا منه دون ورثته. وقيام المعقود عليه؛ لأن الملك إنما ينتقل بعد الإجازة، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك. انظر فتح القدير (٧/ ٥٤، ٥٥).

وهذان الشرطان فيما إذا كان الثمن دينًا كالدراهم، فإن كان الثمن عروضًا، فلا بد من توفر شرط آخر، وهو قيام الثمن. انظر بدائع الصنائع (٥/ ١٥٢).

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠١)، المجموع (٩/ ٣١٢).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٧٠)، التاج والإكليل (٤/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية (ص١٦٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢)، الخرشي (٥/ ١٨)، ويشترط عند المالكية أن يكون الفضولي غائبًا غيبة بعيدة لا يمكن فيها إعلامه حال العقد، فإن كان حاضرًا، وسكت حال العقد، فإن العقد يلزمه، وكذا إذا كان غائبًا قريبًا من مكان العقد، بحيث يتسنى إعلامه.

(٣) المحرر في الفقه (١/ ٣١٠)، الإنصاف (٤/ ٢٨٣).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤٩).

(٥) أعلام الموقعين (٢/ ٣٥)، زاد المعاد (٥/ ١٥٧).

(٦) قال النووي في المجموع (٩/ ٣١٢): «لو باع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية، فقولان، الصحيح: أن العقد باطل، وهذا نصه في الجديد، وبه قطع المصنف، وجماهير العراقيين، وكثيرون، أو الأكثرون من الخراسانيين...

والقول الثاني: وهو القديم: أنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع، وإلا لغا..».

وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٢٨٥): «بيع الفضولي، وفيه قولان، أصحهما، وهو المنصوص في الجديد، أنه باطل». ونظر حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠١).

الحنابلة(١)، واختيار ابن حزم(٢).

❑ دليل من قال: يصح بيع الفضولي ويكون موقوفًا على إجازة المالك.

الدليل الأول:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله عز شأنه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷻ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، فشرع ﷻ البيع، والشراء، والتجارة، وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد هذا من المالك بطريق الأصالة، وبين ما وجد منه عن طريق الإجازة، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل.

فالأصل في المعاملات الحل حتى يأتي دليل صحيح صريح على ثبوت النهي عن معاملة بخصوصها، ولا يوجد نهي صريح في عدم بيع الفضولي.

ونوقش هذا:

بأن هذه الآيات عامة، ومخصصة بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وبالنهي عن بيع ما لا يملكه البائع.

وسيأتي الجواب على هذا الاعتراض عند أدلة القائلين بالبطلان إن شاء الله تعالى.

---

(١) الإنصاف (٤/ ٢٨٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩)، دليل الطالب (ص١٠٦)، مجموع الفتاوى (٣٠/ ٦٤)، كشاف القناع (٣/ ١٥٧).

(٢) قال ابن حزم رحمه الله في المحلى (٤/ ٤٣٤): «ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه، فإن وقع فسخ أبدًا، سواء أكان صاحب المال حاضرًا يرى ذلك، أو غائبًا، ولا يكون سكوته رضا بالبيع، طالت المدة أو قصرت».

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، فعقد الفضولي فيه مصلحة للعاقدين، مصلحة للبائع حيث تم له بيع بضاعته بمبلغ له فيه مصلحة وغبطة، وقد يذهب المشتري ولا يعود، وفيه مصلحة للمشتري بحيث تيسر له حصوله على السلعة في وقت حاجته دون مشقة، والفضولي لم يبع لنفسه حتى يكون متهمًا، وإنما باع لغيره.

ونوقش هذا:

بأن بيع مال الغير ليس من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان.

ورد هذا:

بأن العدوان لو كان باعه على وجه الغصب، أما لو باعه لمالكه، فأين العدوان في هذا، وهو موقوف على إجازة صاحبه، فإن أجازه وإلا لم يرتفع ملكه.

الدليل الثالث:

(ح - ٤٨) ما رواه البخاري من طريق الزهري، عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **انطلق ثلاثة رهط ممن كان قبلكم، حتى أووا المبيت إلى غار، فدخلوه، فانحدرت صخرة من الجبل، فسدت عليهم الغار، فقالوا: إنه لا ينجيكم من هذه الصخرة إلا أن تدعوا الله بصالح أعمالكم،** وفي الحديث:

فقال الثالث: اللهم إني استأجرت أجراء، فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد، ترك الذي له وذهب، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال، فجاءني بعد حين، فقال: يا عبد الله أد إليَّ أجري، فقلت له: كل ما تراه من أجرك من الإبل، والبقر، والغنم، والرقيق، فقال: يا عبد الله لا تستهزئ بي، فقلت: إني

لا أستهزئ بك، فأخذه كله، فاستاقه، فلم يترك لي منه شيئًا، فإن كنت فعلت ذلك ابتغاء وجهك، فافرج عنا ما نحن فيه، فانفرجت الصخرة. . الحديث[١].

وجه الاستدلال:

أن الرجل قد عمل على إنماء مال الغير بغير إذنه، فدل على جواز تصرف الفضولي، وهو وإن كان في شرع من قبلنا إلا أنه لم يأت في شرعنا ما يدل على منعه[٢].

الدليل الرابع:

(ح -٤٩) ما رواه البخاري من طريق سفيان، حدثنا شبيب بن غرقدة، قال: سمعت الحي يحدثون عن عروة، **أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.**

وجه الاستدلال:

أن عروة قد أذن له الرسول ﷺ بشراء شاة واحدة، ولم يأذن له بالبيع، فاشترى شاة أخرى، وباع، وكل ذلك كان من قبيل تصرف الفضولي، فأجازه الرسول ﷺ، ودعا له بالبركة.

---

(١) البخاري (٢٢٧٢).

(٢) وهذا الحديث قد لا يتأتى على شريعتنا، لأن أجرة العامل إن كانت مثلية لم تتعين كالدراهم والدنانير، فهي في ذمته، وما عمله في عين ماله فهو له، لأنه ضامن لما وجب في ذمته لصاحبه، وما تصرف فيه في عين ماله فهو ماله، له غنمه، وعليه غرمه، وإن كانت أجرة العامل قد تعينت، فعمل بها بغير إذن صاحبها، فالنماء له أيضًا؛ لأنه ضامن لأجرته، والخراج بالضمان، ويكون هذا من باب التعدي على الأمانة، لأن يده يد أمانة، وإن كان ذلك بإذن صاحبها كان مضاربًا، فالربح بينهما، والخسارة على رأس المال.

[الحديث ضعيف بهذا الإسناد، حسن بطرقه](١).

نوقش هذا الحديث:

الحديث ليس على شرط البخاري، ومقصود البخاري في ذكره ما كان موصولًا منه، وهو حديث (الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة)(٢).

---

(١) سيأتي من خلال مناقشة الحديث بيان طرق الحديث، والكلام عليه إن شاء الله تعالى.

(٢) جاء في تهذيب السنن (٩/ ١٧١): «انفرد بإخراجه البخاري، وقد استدرك عليه روايته له عن الحي، وهم غير معروفين، وما كان هكذا فليس من شرط كتابه».
وبين ابن القطان الفاسي في بيان الوهم والإيهام أن البخاري لم يقصد إخراج هذا الحديث، وإنما كان مقصوده إخراج حديث عروة المتصل، والذي هو على شرطه: (الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة)، فجرى في سياق القصة من قصة الدينار ما ليس من مقصوده، ولا على شرطه مما حدث به شبيب، عن الحي، عن عروة، وهذا نص ابن القطان رحمه الله تعالى في بيان الوهم والإيهام (٥/ ١٦٤، ١٦٥):
«يجب أن تعرف أن نسبة الخبر إلى البخاري كما ينسب إليه ما يخرج من صحيح الحديث خطأ، فإنه ﷺ قد يعلق ما ليس من شرطه إثر التراجم، وقد يترجم بألفاظ أحاديث غير صحيحة، ويورد الأحاديث مرسلة، فلا ينبغي أن يعتقد في هذه كلها أن مذهبه صحتها، بل ليس ذلك بمذهب إلا فيما يورده بإسناده موصولًا على نحو ما عرف من شرطه.
ولم يعرف من مذهب البخاري تصحيح حديث في إسناده من لم يسم، كهذا الحديث، بل يكون عنده بحكم المرسل، فإن الحي الذي حدث شبيبًا لا يعرفون، ولابد أنهم محصورون في عدد، وتوهم أن العدد الذي حدثه عدد يحصل بخبرهم التواتر، بحيث لا يوضع فيهم النظر بالجرح والتعديل يكون خطأ، فإذن الحديث هكذا منقطع؛ لإبهام الواسطة فيه بين شبيب وعروة، والمتصل منه هو ما في آخره من ذكر الخيل، وأنها معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة، ولذلك أتبعه الأحاديث بذلك من رواية ابن عمر، وأنس، وأبي هريرة، وكلها في الخيل، ولنورد ما أورده بنصه ليكون تبيين ذلك ما أمكن:
ذكر في باب سؤال المشركين أن يريهم آية، فأراهم انشقاق القمر أحاديث فيها إخباره عما يكون، فكان منها: حدثنا علي بن عبد الله، حدثنا سفيان، حدثنا شبيب بن غرقد، قال: سمعت الحي يتحدثون عن عروة، أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارًا، يشتري له به شاة، فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار وشاة، فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار، =

. . . .

= فجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.
قال سفيان: كان الحسن بن عمارة جاءنا بهذا الحديث عنه، قال: سمعه شبيب من عروة، فأتيته، فقال شبيب: إني لم أسمعه من عروة، قال: سمعت الحي يخبرونه عنه، ولكن سمعته يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة**، قال: وقد رأيت في داره سبعين فرسًا. . . . وبعده عنده (أي البخاري) عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: **الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة**.
وبعده عن أنس، عن النبي ﷺ: «**الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة**».
وبعده عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «**الخيل ثلاثة: لرجل أجر، ولرجل ستر، وعلى رجل وزر**. . . .» فقد ترى من هذا أن الأحاديث تتضمن الخيل في نواصيها الخير، فأورد به حديث عروة، وما بعده، واعتمد في إسناد سفيان، عن شبيب بن غرقدة، قال: سمعت عروة، وجرى في سياق القصة من قصة الدينار ما ليس من مقصوده، ولا على شرطه مما حدث به شبيب عن الحي، عن عروة، فاعلم ذلك» انتهى كلامه ﷺ، وهو كما قال.
وساق المنذري دليلًا آخر على أن مراد البخاري ليس قصة الدينار، وإنما حديث الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة، لو أراد البخاري مسألة بيع الفضولي لأوردها في كتاب البيوع.
وتعقب الحافظ ابن حجر ﷺ كلام ابن القطان والمنذري، وهذا نصه:
«زعم ابن القطان أن البخاري لم يرد بسياق هذا الحديث إلا حديث الخيل، ولم يرد حديث الشاة، وبالغ في الرد على من زعم أن البخاري أخرج حديث الشاة محتجًا به؛ لأنه ليس على شرطه؛ لإبهام الواسطة فيه بين شبيب وعروة، وهو كما قال، لكن ليس في ذلك ما يمنع تخريجه، ولا ما يحطه عن شرطه؛ لأن الحي يمتنع في العادة تواطؤهم على الكذب، ويضاف إلى ذلك ورود الحديث من الطريق التي هي الشاهد لصحة الحديث؛ ولأن المقصود منه الذي يدخل في علامات النبوة، دعاء النبي ﷺ لعروة، فاستجيب له، حتى كان لو اشترى التراب لربح فيه، وأما مسألة بيع الفضولي فلم يردها، إذ لو أرادها لأوردها في البيوع، كذا قرره المنذري، وفيه نظر؛ لأنه لم يطرد له في ذلك عمل، فقد يكون الحديث على شرطه، ويعارضه عنده ما هو أولى بالعمل به من حديث آخر، فلا يخرج ذلك الحديث في بابه، ويخرجه في باب آخر؛ لينبه بذلك على أنه صحيح، إلا أن ما دل ظاهره عليه غير معمول به عنده، والله أعلم». =

. . . .

= وأنا أميل إلى ترجيح كلام ابن القطان، فإن البخاري في صحيحه لم يخرج حديثًا قط على شرطه اعتمادًا على تلقي الناس له بالقبول، أو اعتمادًا على كثرة العدد في الإسناد، مع العلم أن القطع بأن العدد كثير جدًا هو من باب الظن لا أكثر، بل كان اعتماد البخاري على الإسناد، ولعل الحافظ لم ير أن الحديث على شرط البخاري، ولذلك قال الحافظ تعقيبًا على كلام ابن القطان: «وهو كما قال» وقد نقلنا عبارته فيما سبق، فإن كان قوله: وهو كما قال: بأن الحديث ليس على شرط البخاري فهذا هو ما أردت بيانه، وإذا حكمنا على أن الحديث ليس على شرط البخاري، وأن في إسناده مبهمًا، كما قال الحافظ: «الصواب أنه متصل في إسناده مبهم» وبمقتضى القواعد يكون إسناد الحديث ضعيفًا، ويبقى النظر في صحة الحديث بالنظر إلى الطرق الأخرى، والتي سوف نستكشفها إن شاء الله تعالى في السطور التالية.

فالحديث أخرجه سفيان بن عيينة، واختلف عليه فيه:

فأخرجه الشافعي في مسنده (١/ ٢٥٢).

وأحمد (٤/ ٣٧٥) في مسنده.

والحميدي (٨٤١) في مسنده، ومن طريق الحميدي، أخرجه الطبراني في الكبير (١٧/ ١٥٨) برقم ٤١١، ٤١٢ .

والبخاري (٣٦٤٢) حدثنا علي بن المديني، ومن طريق البخاري أخرجه البيهقي (٦/ ١١٢).

وأبو داود (٣٣٨٤) حدثنا مسدد.

والبيهقي (٦/ ١١١) من طريق سعدان بن نصر، كلهم عن سفيان بن عيينة، عن شبيب ابن غرقدة، حدثني الحي، عن عروة.

وخالفهم أبو بكر بن أبي شيبة، فرواه في مصنفه (٧/ ٣٠٣) رقم: ٣٦٢٩٣، ومن طريق ابن أبي شيبة أخرجه ابن ماجه (٢٤٠٢)، والطبراني في الكبير، عن سفيان، عن شبيب بن غرقدة، عن عروة البارقي، عن النبي ﷺ.

«وشبيب قد صرح بأنه لم يسمعه من عروة، كما ذكر البخاري في صحيحه، وإن كان قد سمع منه حديث الخيل معقود في نواصيها الخير، وقد سبق الكلام في هذا فلا حاجة إلى إعادته.

الطريق الثاني: الحسن بن عمارة، عن شبيب، عن عروة.

أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٤٨٣١) أخبرنا الحسن بن عمارة، قال: أخبرنا شبيب ابن غرقدة، عن عروة بن أبي الجعد البارقي. =

. . . .

= قال البخاري في صحيحه: قال سفيان: كان الحسن بن عمارة جاءنا بهذا الحديث عنه، قال: سمعه شبيب من عروة، فأتيته، فقال شبيب: إني لم أسمعه من عروة، قال: سمعت الحي يخبرونه عنه..».

فتبين من هذا أن إسناد الحسن بن عمارة إسناد منكر لمخالفة الحسن من هو أوثق منه، ولكون شبيب أنكر ما رواه عنه، وقد قال الحافظ في الحسن بن عمارة: «هو أحد الفقهاء المتفق على ضعف حديثهم». فهذا الإسناد لا يزيد الحديث قوة، لأن مداره على شبيب، وقد صرح شبيب بأنه لم يسمعه من عروة.

الطريق الثالث: سعيد بن زيد، عن الزبير بن خريت، عن أبي لبيد، عن عروة.

أخرجه أحمد (٤/ ٣٧٦)، وأبو داود (٣٣٨٥)، وابن ماجه (٢٤٠٢)، والترمذي (١٢٥٨)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٤٢١)، والبيهقي في السنن (٦/ ١١٢) من طريق سعيد بن زيد به.

وسعيد بن زيد هو أخو حماد بن زيد، وقد ضعفه جماعة، وقواه آخرون، جاء في ترجمته:

قال أحمد: ليس به بأس. الجرح والتعديل (٤/ ٢١).

وقال علي بن المديني: سمعت يحيى يعني القطان ضعف سعيد بن زيد أخا حماد بن زيد في الحديث جدًا. المرجع السابق.

قال سليمان بن حرب: حدثنا سعيد بن زيد، وكان ثقة. المرجع السابق.

وقال ابن حبان: كان صدوقًا حافظًا، ممن كان يخطئ في الأخبار، ويهم في الآثار، حتى لا يحتج به إذا انفرد. المجروحين (١/ ٣٢٠).

وقال النسائي: ليس بالقوي. الضعفاء له (٢٧٥).

وقال الذهبي في الكاشف: قال جماعة ليس بالقوي، ووثقه ابن معين.

قلت: قال عثمان بن أبي شيبة: سألت يحيى بن معين عن سعيد بن زيد، فقال: ضعيف. ضعفاء العقيلي (٢/ ١٠٥).

وقال العجلي: ثقة. معرفة الثقات (٥٩٠).

وقال البخاري: قال مسلم: حدثنا سعيد بن زيد، أبو الحسن، صدوق حافظ. التاريخ الكبير (٣/ ٤٧٢).

وقال ابن عدي: ولسعيد بن زيد غير ما ذكرت، أحاديث حسان، وليس له متن منكر لا يأتي به غيره، وهو عندي في جملة من ينسب إلى الصدق. الكامل (٣/ ٣٧٧).

ولخص حاله الحافظ في التقريب، فقال: صدوق له أوهام. =

الدليل الخامس:

أن عقد الفضولي إذا أجازه المالك جاز قياسًا على الوصية بأكثر من الثلث، فإنها تصح وتكون موقوفة على إجازة الورثة.

= وفي الإسناد أيضًا أبو لبيد لمازة بن زبار، جاء في ترجمته:
قال أحمد بن حنبل: كان أبو لبيد صالح الحديث، وأثنى عليه ثناء حسنًا. الجرح والتعديل (٧/ ١٨٢).
وقال ابن سعد: كان ثقة. تهذيب التهذيب (٨/ ٤١٠).
وفي التقريب: صدوق ناصبي، فالإسناد حسن إن شاء الله تعالى.
وقد رواه الترمذي أيضًا (١٢٥٨) من طريق هارون الأعور المقرئ، عن الزبير بن خريت به. وهارون ثقة، وهي متابعة قوية لسعيد بن زيد.
وله شاهد من حديث حكيم بن حزام،
أخرجه أبو داود (٣٣٨٦) حدثنا محمد بن كثير العبدي، أخبرنا سفيان، حدثني أبو حصين، عن شيخ من أهل المدينة، عن حكيم بن حزام، أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فذكر نحو حديث عروة.
ومن طريق أبي داود أخرجه البيهقي (٦/ ١١٢).
وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ٣٠٣) ومن طريقه أخرجه الطبراني في الكبير (٣/ ٢٠٥) رقم ٣١٣٤ حدثنا وكيع، عن سفيان به.
وأخرجه الدارقطني (٣/ ٩) من طريق عبد الرحمن بن مهدي، نا سفيان به.
وفي سنده مجهول كما ترى.
وخالف أبو بكر بن عياش الثوري، فرواه عن أبي حصين، عن حبيب بن أبي ثابت، عن حكيم.
أخرجه الترمذي (١٢٥٧) حدثنا أبو كريب، والطبراني في الكبير (٣/ ٢٠٥) من طريق إسحاق بن إبراهيم الشهيدي، كلاهما عن أبي بكر ابن عياش به.
قال الترمذي: حديث حكيم بن حزام لا نعرف إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.
قلت: الثوري مقدم على أبي بكر بن عياش، فالظاهر أن طريق أبي بكر بن عياش وهم. فلا يثبت عندي حديث حكيم بن حزام، ويبقى حديث عروة حديث حسن إن شاء الله تعالى، وطريق أبي لبيد يشد من طريق شبيب بن أبي غرقدة، والله أعلم.

دليل من قال: بيع الفضولي باطل.

الدليل الأول:

(ح -٥٠) ما رواه أحمد من طريق أبي بشر، عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام، قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق؟ فقال: **لا تبع ما ليس عندك**[(١)].

[منقطع يوسف لم يسمعه من حكيم][(٢)].

(ح -٥١) وروى أبو داود الطيالسي من طريق حماد بن زيد، عن أيوب، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن عبد الله بن عمرو، قال: **نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن**[(٣)].

[إسناده حسن]

وجه الاستدلال:

المقصود من النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان: أي ما ليس في ملكه وحيازته عند قيام العقد، وبيع الفضولي يصدق عليه أنه ليس ملكًا للبائع، ولا في حيازته، فيكون منهيًا عنه.

---

(١) مسند الإمام أحمد (٣/ ٣٤٣)، ورواه أحمد (٣/ ٤٠٢) من طريق هشيم بن بشير، أخبرنا يوسف بن ماهك به.

(٢) سيأتي تخريجه بإذن الله تعالى، انظر (ح٢٣١).

(٣) مسند أبي داود الطيالسي (٢٢٥٧) وسيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر (ح٣٣٢)، والمقصود نهى عن ربح ما لم يضمن، قال السندي في حاشيته (٧/ ٢٩٥): «وربح ما لم يضمن، هو ربح مبيع اشتراه، فباعه قبل أن ينتقل من البائع الأول إلى ضمانه بالقبض».

ويجاب عنه:

بأن تصرف الفضولي في حقيقته، هو وكالة معلقة على الإجازة، فهو يبيع المال لمصلحة مالكه، وليس لمصلحته هو حتى يقال: كيف يبيع ما ليس عنده، وإذا كان يبيعه نيابة عن صاحبه فإنه لا يصح أن يقال: إن المبيع ليس مملوكًا لبائعه، ولو باع الفضولي السلعة المعينة لحظ نفسه بناء على أنه سوف يشتريها من صاحبها فيما بعد لم ينعقد البيع إجماعًا؛ لأنه باع ما لا يملك.

قال ابن قدامة: «ولا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها، ليمضي، ويشتريها، ويسلمها رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا... ثم ذكر حديث حكيم: لا تبع ما ليس عندك»[١].

وقد أجاب بعضهم عن حديث حكيم بن حزام وحديث عبد الله بن عمرو، بأن النهي عن بيع ما ليس عندك يقصد به النهي عن البيع النافذ الذي تجري فيه أحكام البيع بمجرد انعقاده، أما البيع الموقوف على إجازة المالك فلم يتضمنه[٢].

[م - ١١١] وقد اختلف الناس في تفسير حديث: **«لا تبع ما ليس عندك»** إلى ثلاثة أقوال، ذكرها ابن تيمية في مواضع من كتبه، ونقله عنه تلميذه ابن القيم موافقًا له[٣]، خلاصتها:

أحدها: ما ذهب إليه الشافعي رضي الله عنه إلى أن حديث حكيم بن حزام إنما هو في النهي عن بيع المعين والربح فيه قبل تملكه[٤].

---

(١) المغني (٤/ ١٤٥)، وانظر الكافي (٢/ ٢٠، ٢١)، الذخيرة (٥/ ١٣٤)، المهذب (١/ ٢٦٢).

(٢) انظر المبسوط (١٣/ ١٤)، فتح القدير (٦/ ٥٢).

(٣) زاد المعاد (٥/ ٨١١)، أعلام الموقعين (٢/ ١٩).

(٤) قال الشافعي كما في مختصر المزني (ص٥٥٣): «أما حديث حكيم بن حزام فإن =

وهذا لا يختلف الفقهاء في منعه، وقد سبق نقل الإجماع.

الثاني: اختيار الجمهور، وهو أن النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، يشمل:

بيع المعين مما ليس مملوكًا له. وفي هذا موافقة للشافعي رحمه الله.

وبيع الموصوف في الذمة إذا كان حالًا، وهو ما يسمى بالسلم الحال[1].

= رسول الله ﷺ نهاه والله أعلم عن أن يبيع شيئا بعينه لا يملكه، والدليل على أن هذا معنى حديث حكيم بن حزام - والله أعلم - حديث أبي المنهال عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ أمر من أسلف في تمر سنتين أو ثلاثا، أن يسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم. وهذا بيع ما ليس عند المرء، ولكنه بيع صفة مضمونة على بائعها، وإذا أتى بها البائع لزمت المشتري وليست بيع عين، بيع العين إذا هلكت قبل قبض المبتاع انتقض فيها البيع، ولا يكون بيع العين مضمونا على البائع فيأتي بمثله إذا هلكت».

وقال ابن دقيق العيد في إحكام الأحكام (٣/ ١٧٨): «الصورة الرابعة دل عليها قوله ﷺ: «**ولا بيع ما ليس عندك**» مثاله: أن يبيع منه متاعًا لا يملكه، ثم يشتريه من مالكه، ويدفعه إليه، وهذا فاسد؛ لأنه باع ما ليس في ملكه حاضرًا عنده، ولا غائبًا في ملكه، وتحت حوزته، قال العلامة البغوي في شرح السنة: هذا في بيوع الأعيان، دون بيوع الصفات، فلذا قيل: السلم في شيء موصوف، عام الوجود عند المحل المشروط يجوز، وإن لم يكن في ملكه حال العقد. . .».

وانظر الأم (٣/ ٩٧)، ومختصر المزني (ص٩٠).

(١) انظر في مذهب الحنفية: الحجة محمد بن الحسن (٢/ ٦١٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٣).

وانظر في مذهب المالكية، (٤/ ٣٠)، المعونة (٢/ ٩٨٨) والجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٩)، بلغة السالك (٣/ ١٧٢).

وفي مذهب الحنابلة، قال في الإنصاف (٥/ ٩٨): «فإن أسلم حالًا، أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

وذكر في الانتصار رواية: يصح حالًا، واختاره الشيخ تقي الدين إن كان في ملكه، قال: وهو المراد بقوله عليه أفضل الصلاة والسلام لحكيم بن حزام رضي الله عنه، (**لا تبع ما ليس** =

قال الجصاص: «ومنه ما روي أن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله، إني أرى الشيء في السوق ثم يطلبه مني طالب، فأبيعه، ثم أشتريه، فأسلمه، فقال ﷺ: **لا تبع ما ليس عندك**. فهذا عموم في كل بيع لما ليس عند الإنسان سواء، كان عينًا أو في الذمة»[1].

الثالث: يرى ابن تيمية أن بيع ما ليس عند الإنسان، إن كان عينًا معينة ليست مملوكة له، فهو ممنوع، وإن كانت موصوفة في الذمة اشترط أن تكون عنده في ملكه.

قال ابن تيمية: أظهر الأقوال... أن معنى حديث حكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك، أن يبيعه شيئًا موصوفًا حالًا، وهو لم يملكه، ويربح فيه قبل أن يدخل ضمانه، وقبل أن يكون قادرًا على تسليمه، أما إذا باعه موصوفًا في الذمة حالًا، وهو عند بائعه قادرًا على تسليمه، فلا حرج إن شاء الله تعالى.

وإذا لم يكن جائزًا بيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكًا للبائع، ولا يقدر على تسليمه، فبيع المعين الذي لم يملكه أولى بالمنع[2].

وسوف تأتي مناقشة الراجح من هذه الأقوال عند الكلام على مسألة (بيع ما ليس عند البائع) في موانع البيع، فانظره هناك.

وكل هذه الأقوال في تفسير حديث حكيم بن حزام (في النهي عن بيع ما ليس عند البائع) لا يدخل فيها تصرف الفضولي؛ لأن الفضولي لا يبيع ما ليس عنده

= عندك)، أي ما ليس في ملكك، فلو لم يجز السلم حالًا، لقال: لا تبع هذا، سواء كان عندك أولا...».

وانظر الكافي (٢/ ١١٢)، المبدع (٤/ ١٨٩).

(١) الفصول في الأصول (١/ ٣٤٥).

(٢) انظر تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء (٢/ ٦٩٢).

لحظه هو، وإنما يبيع المبيع من أجل حظ صاحبه، إلا أنه لم يأخذ تفويضًا منه بذلك، فهو يتصرف كوكيل من غير تفويض، فإذا أجازه مالكه، كان ذلك قبولًا لتوكيله.

الدليل الثاني:

(ح -٥٢) ما رواه أحمد، قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الصمد، ثنا مطر الوراق، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: **لا يجوز طلاق، ولا بيع، ولا عتق، ولا وفاء نذر فيما لا يملك**(١).

(ح -٥٣) ورواه أبو داود من طريق عبد العزيز بن عبد الصمد به، بلفظ: «**لاطلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك..**» الحديث(٢).

[ذكر بيع ما لا يملك تفرد بها مطر الوراق، وهو سيء الحفظ، وقد رواه غيره عن عمرو بن شعيب ولم يرد فيه ذكر النهي عن بيع ما لا يملك](٣).

---

(١) المسند (٢/ ١٩٠).

(٢) سنن أبي داود (٢١٩٠).

(٣) الحديث مداره على عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وقد رواه عن عمرو جماعة، هذا ما وقفت عليه منهم:

الأول: مطر الوارق، عن عمرو بن شعيب.

أخرجه أحمد (٢/ ١٨٩) حدثنا محمد بن جعفر وعبد الله بن بكر، قالا: حدثنا سعيد، عن مطر به.

ومن طريق سعيد بن أبي عروبة أخرجه الدارقطني (٤/ ١٤).

واختلف على سعيد، فرواه عنه من سبق كما تقدم.

وخالفهم عباد بن العوام، فرواه عن سعيد، عن أبي رجاء، عن مطر الوراق، فجعل بين سعيد ومطر أبا رجاء.

أخرجه النسائي في المجتبى (٤٦١٣) بلفظ: «**ليس على رجل بيع فيما لا يملك**». =

. . . .

= وأخرجه أحمد (٢/ ١٩٠)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٥) وأبو داود (٢١٩٠) عن عبد العزيز بن عبد الصمد العمي، عن مطر به، بلفظ: «**لا يجوز طلاق ولا بيع، ولا عتق، ولا وفاء نذر فيما لا يملك**»، واقتصر ابن أبي شيبة على لفظ «**لا طلاق إلا بعد ملك**».

وأخرجه أبو داود (٢١٩٠) ومن طريقه البيهقي (٧/ ٣١٨) من طريق هشام الدستوائي، عن مطر به.

الطريق الثاني: عامر الأحول، عن عمرو بن شعيب.

أخرجه عبد الرزاق (١١٤٥٦)، وأحمد في مسنده (٢/ ١٩٠)، وسعيد بن منصور في السنن (١٠٢٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧)، وابن الجارود في المنتقى (٧٤٣)، والدارقطني (٤/ ١٥)، والحاكم (٢/ ٢٠٤) من طريق عامر به، بلفظ: «**لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك**».

واقتصر ابن ماجه على لفظ: «**لا طلاق فيما لا يملك**».

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٦٣) بلفظ: «**لا طلاق إلا بعد نكاح**».

قال الدارقطني: لم يذكر فيه البيع. يعني عامرًا الأحول.

الطريق الثالث: حبيب المعلم، عن عمرو بن شعيب به.

أخرجه أبو داود الطيالسي (٢٢٦٥)، ومن طريقه البيهقي في السنن (٧/ ٣١٨) بلفظ: «**لاطلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك**» ولم يذكر فيه لفظ البيع.

الطريق الرابع: عبد الرحمن بن الحارث.

أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٧) والدارقطني (٤/ ١٥) من طريق عبد الرحمن، عن عمرو ابن شعيب به، ولفظ ابن ماجه (لا طلاق فيما لا يملك) وساقه الدارقطني مطولًا، وليس فيه ذكر البيع.

وأخرجه أحمد (٢/ ١٨٥) من طريق عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن الحارث به، بلفظ: «**لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله ﷻ، ولا يمين في قطيعة رحم**».

وأخرجه أبو داود (٣٢٧٣) من طريق المغيرة بن عبد الرحمن، حدثني أبو عبد الرحمن، وهو خطأ، صوابه: حدثني أبي عبد الرحمن بن الحارث به.

الطريق الخامس: حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب.

رواه الحاكم (٢/ ٢٠٤، ٢٠٥) ومن طريقه البيهقي (٧/ ٣١٧، ٣١٨) بلفظ: «**لا طلاق قبل النكاح**» وليس فيه ذكر البيع. =

الدليل الثالث:

قال النووي: ولأن الفضولي «باع ما لم يقدر على تسليمه، فلم يصح، كبيع الآبق، والسمك في الماء، والطير في الهواء»(١).

ويجاب:

بأن الطير في الهواء ليس عليه ملك لأحد قبل البيع، وما لا يقع عليه ملك، وليس مملوكًا لأحد لا يكون محلًا للبيع، ولهذا لو كان الطير مملوكًا، وكان يطير، ثم يعود إلى مكانه، وكان بإمكانه أن يمسكه جاز بيعه، وكذلك السمك في الماء لو كان في بركة محصورة، وكان مملوكًا، وكان يمكنه إخراج السمك جاز بيعه، وهو في الماء.

❑ الراجح:

بعد استعراض أدلة الفريقين أجد مذهب الحنفية والمالكية القائلين بأن بيع الفضولي جائز، ويكون موقوفًا على إجازة المالك أقوى حجة من أدلة المانعين، والله أعلم.

= **الطريق السادس: محمد بن إسحاق، عن عمرو بن شعيب.**
أخرجه أحمد (٢/ ٢٠٧) بلفظ: «**لا طلاق فيما لا تملكون، ولا عتاق فيما لا تملكون، ولا نذر فيما لا تملكون، ولا نذر في معصية الله**». ولم يرد فيه ذكر البيع.
الطريق السابع: أبو إسحاق الشيباني، عن عمرو.
أخرجه أبو نعيم في ذكر أخبار أصبهان (١/ ٢٩٥) قريب من لفظ أبي إسحاق.
فتبين من جمع الطرق تفرد مطر الوراق، وهو ضعيف بلفظ: «**ولا بيع فيما لا يملك**» فتكون زيادة منكرة، والله أعلم.
وقد قال النووي رحمه الله تعالى في المجموع (٩/ ٣١٧): «رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة، ومجموعها يرتفع عن كونه حسنًا، ويقتضي أنه صحيح، وقال الترمذي: هو حديث حسن». اهـ

(١) المجموع (٩/ ٣١٧).

الفرع الرابع
شراء الفضولي لغيره

[م - ١١٢] بعد استعراض أقوال الفقهاء في بيع الفضولي، نعرض في هذا المبحث كلام أهل العلم في شراء الفضولي لغيره، والخلاف فيه لا يختلف كثيرًا عن الخلاف في بيعه.

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الفضولي إما أنْ يضيف العقد إلى نفسه، وإما أن يضيفه إلى الذي اشتراه له، فإن أضافه لنفسه كان الشراء له، سواء أجازه من اشتري له، أو لم يجزه؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذًا على العاقد نفذ عليه، ولا يتوقف على الإجازة؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، إلا أن يجعله لغيره، أو لم يجد نفاذًا لعدم أهلية المشتري، فيتوقف على إجازة الذي اشتري له بأن كان الفضولي صبيًا محجورًا عليه، أو عبدًا محجورًا عليه، فاشترى لغيره، فيكون العقد موقوفًا على إجازة ذلك الغير؛ لأن الشراء لم يجد نفاذًا عليه(١).

❑ دليل الحنفية:

إذا أضاف الفضولي العقد له، أو لم يذكر أنه يشتري لغيره فالأصل أن العقد له؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه، قال تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقال تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩]، وشراء الفضولي كسبه حقيقة، فالأصل أنه له.

أما إذا جعل العقد لغيره، كان متوقفًا على إجازة ذلك الغير؛ لأن تصرف

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٠)، المبسوط (١٣/ ١٥٣)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٧).

الإنسان وإن كان له باعتبار الأصل، فإن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة ونحوها، وهنا جعله لغيره فيكون موقوفًا على إجازة المالك، فإذا أجازه جاز، وقد ذكرنا الأدلة على صحة العقد بالإجازة في بيع الفضولي، والبائع: أحد المتعاقدين، فإذا جاز البيع بالإجازة جاز الشراء بها.

القول الثاني:

ذهب مالك رحمه الله تعالى[١]، والشافعي في القديم[٢]، ورواية عن أحمد[٣]، اختارها ابن تيمية[٤]، وابن القيم[٥] إلى أن الشراء من الفضولي كالبيع يكون موقوفًا على إجازة المالك.

❏ دليلهم على صحة الشراء بالإجازة.

ذكرنا أدلتهم في بيع الفضولي، وكونه موقوفًا على إجازة المالك، وحكم الشراء حكم البيع؛ لأن المشتري أحد المتعاقدين.

قال في مواهب الجليل: «وحكمه - يعني شراء الفضولي - كبيعه»[٦].

القول الثالث:

ذهب الشافعي في الجديد[٧]، . . . .

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٧٢)، التاج والإكليل (٤/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية (ص١٦٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢)، الخرشي (٥/ ١٨).

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠١)، المجموع (٩/ ٣١٢).

(٣) المحرر في الفقه (١/ ٣١٠)، الإنصاف (٤/ ٢٨٣).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤٩).

(٥) أعلام الموقعين (٢/ ٣٥)، زاد المعاد (٥/ ١٥٧).

(٦) مواهب الجليل (٤/ ٢٧٢).

(٧) قال النووي في المجموع (٩/ ٣١٢): «لو باع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية فقولان، =

وأحمد في رواية[١] إلى أن شراء الفضولي باطل كبيعه.

ذكرنا أدلتهم في بطلان بيع الفضولي، وهي الأدلة نفسها التي احتجوا بها على بطلان شراء الفضولي.

القول الرابع:

ذهب الحنابلة في المشهور عندهم إلى أن الفضولي إن اشترى للغير بعين مال الغير، لم يصح الشراء، وإن اشترى له في ذمته، بلا إذنه، ولم يسمه في العقد، صح للغير بالإجازة، ولزم الشراء للفضولي بعدمها[٢].

❑ **تعليلهم:**

إذا اشترى للغير من مال الغير فالشراء لا يصح، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فهنا لا يختلف الشراء عن بيع مال الغير.

وإن اشترى له في ذمته، أي ليس بعين ماله، فلم يقع العقد على ملك غيره، ولم يسمه في العقد؛ لأنه إن سماه بالعقد فقد اشترى له بالوكالة، وهو لم

= الصحيح: أن العقد باطل، وهذا نصه في الجديد، وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين... ثم قال: «وقال إمام الحرمين والغزالي في البسيط، والمحاملي وخلائق لا يحصون: القولان في بيع الفضولي جاريان في شرائه لغيره بغير إذن..».

والقول الثاني: وهو القديم: أنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع، وإلا لغا...».

وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٢٨٥): «بيع الفضولي، وفيه قولان، أصحهما، وهو المنصوص في الجديد، أنه باطل». ونظر حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠١).

(١) المحرر (١/ ٣١٠)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ٣٥٢)، الإنصاف (٤/ ٢٥٣).

(٢) المحرر (١/ ٣١٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩).

يوكله، فإن لم يسمه صح الشراء مطلقًا لكن إن أجازه الغير أصبح ملكًا للغير، وإن لم يقبل الغير لزم الشراء الفضولي.

والصحيح أن الشراء لا يختلف حكمه عن حكم البيع، وأن الشراء للغير جائز، ويكون موقوفًا على إجازة المالك، وقد ذكرنا الأدلة الكثيرة على جواز بيع مال الغير بغير إذنه ويكون موقوفًا على الإجازة، والشراء لا يختلف حكمه عن حكم البيع، والله أعلم.

❏ **تنبيه:**

لا يقتصر تصرف الفضولي على البيع والشراء، فقد يتصرف بما هو مصلحة للغير من إنقاذ للمال، أو نفقة على العيال، أو على الدواب، أو ينفق على مال الغير بما يكون سببًا في حفظه من التلف، أو إنقاذه من الضياع، أو ينفق على إصلاح جدار يخشى سقوطه، ونحو ذلك، ولم يكن بمقدور الفضولي أن يرجع إلى صاحبه وقت التصرف ليأخذ منه إذنًا صريحًا في ذلك، وانتظار الإذن من المالك قد يفوت مصلحة، أو يوقع في مفسدة قبل حصول الإذن، فيرجع الفضولي فيما ينفقه على مال غيره إذا دفع ذلك بنية الرجوع، وكان الحامل على ذلك مصلحة الغير، وسوف يأتي إن شاء الله في بحوث قادمة ما يكشف هذه المسائل[1].

---

(١) وكما تطرق الفقهاء إلى تصرف الفضولي، فقد تطرقت القوانين إلى هذا الموضوع، ويرجع أصل الفضالة التاريخي إلى القانون الروماني.

انظر شرح قانون الموجبات والعقود - زهدي يكن (٣/ ١٢٩، ١٣٠)، وقد فرق الرومان بين الوكالة والفضالة: بأن الوكيل له حق المطالبة بكل ما أنفقه من النفقات بينما الفضولي في القانون الروماني لا يمكنه المطالبة إلا بالمصاريف التي عادت بالنفع على رب العمل. فالوكيل له أخذ الأجرة على عمله، والفضولي ليس له إلا ما أنفقه إلا أن يكون العمل في حدود مهنته، كالمهندس في مسألة البنيان، والطبيب في مسألة العلاج ونحوهما. =

. . . .

= والفضالة كما يعرفها القانون: أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزمًا بذلك، مثل أن يتولى جار ترميم سطح جاره الغائب خشية نزول الأمطار، فيتلف ما بالمنزل من أثاث، إذ يعتبر الجار فضوليًا في هذه الحالة.
شروط الفضالة في القوانين:
الأول: قيام الفضولي بشأن لرب العمل.
وقد يكون العمل الذي قام به الفضولي قانونيًا، كما لو تولى بيع محصول لرب العمل خشية التلف، أو قام بدفع رسوم مخافة إلقاء حجز إداري على محله التجاري، أو قام بقبض حق لرب العمل نيابة عنه.
وقد يكون العمل ماديًا، كأن يقوم بإطفاء حريق في منزل رب العمل، أو جني محصول يخشى عليه من التلف.
الشرط الثاني: يتعين أن يتوافر في العمل الذي يتولاه الفضولي وصف الاستعجال، بحيث لو كان رب العمل نفسه موجودًا ما توانى في القيام به، مثل ذلك ترميم سقف، أو جدران متصدع مهدد بالسقوط، أو بيع محصول قابل للتلف، أو دفع دين للضرائب لتوقي الحجز، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعًا، أو مفيدًا، بل لا بد أن يكون ضروريًا.
الشرط الثالث: أن يكون قصد الفضولي مصلحة رب العمل، فإذا انصرفت نية الشخص إلى العمل لحساب نفسه، فلا تتوافر الفضالة، حتى ولو عاد هذا العمل على الغير بفائدة.
الشرط الرابع: ألا يكون الفضولي ملزمًا بالقيام بالعمل، بل يقوم بذلك من تلقاء نفسه، فإذا كان ملزمًا لم يكن فضوليًا، وإذا لم يكن من تلقاء نفسه كما لو كان بتفويض من رب العلم كان وكيلًا، وليس فضوليًا.
الشرط الخامس: بعضهم يزيد شرطًا خامسًا، وهو أنه يجب أن تتوفر الأهلية لدى الفضولي حتى يتمكن أن يقوم بما عليه من التزامات، وهذا شرط عام في الفضولي وغيره، هذه تقريبًا شروط الفضالة لدى أهل القانون، وقد تضمنها التعريف السابق.
التزامات الفضولي:
يلتزم الفضولي بما يلي:
الأول: المضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.
الثاني: يجب على الفضولي أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك. =

. . . .

= الثالث: يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وتقديم حساب عما قام به.

الرابع: ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

التزامات رب العمل:

١ - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحساب رب العمل.

٢ - تعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها باسمه الشخصي.

٣ - إذا كان الفضولي قد قام بنفقات، فإن رب العمل يقوم بردها مع فوائدها القانونية من يوم دفعها.

٤ - يلتزم رب العمل بأن يعطي الفضولي الأجر الذي يستحق له إذا كان العمل داخلًا في حدود مهنته، كالمهندس الذي يقوم بإصلاح المنزل، والطبيب الذي يعالج المريض، فإن كان العمل الذي قام به الفضولي لا يدخل في حدود مهنته فإنه لا يستحق أجرًا عن عمله، ويكون له فقط النفقات التي قام بها لتنفيذ أعمال الفضالة.

٥ - تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، كما لو قام الفضولي بإطفاء حريق شب في بيت جاره، فتعرض للحريق أو تلفت بعض أدواته التي استعملها لإطفاء الحريق مثلًا.

نظم المشرع الأردني أحكام الفضالة في المواد من (٣٠١ إلى ٣٠٨) مدني.

وفي القانون المدني المصري من المادة (١٨٨ إلى ١٩٧).

ففي مادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني قال: «من قام بفعل نافع للغير دون أمره، ولكن أذنت به المحكمة، أو أوجبته ضرورة، أو قضى به عرف، فإنه يعتبر نائبًا عنه، وتسري عليه الأحكام التالية.

(٣٠٢) تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي». ونصه موجود في القانون المدني المصري (١٩٠).

(٣٠٣): يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته لنفسه. . . كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك. وهو نص القانون المدني المصري في مادته (١٩١).

(٣٠٤) الفضولي مسؤول عما يلحق رب العمل من أضرار، وللمحكمة تحديد الضمان إذا كانت الظروف تبرر ذلك. =

وبهذا نكون قد انتهينا من شروط العاقدين، وقد كان مناسبًا، ونحن نعقد مبحثًا خاصًا في أحكام العاقد أن نخصص فصلًا في اختلاف العاقدين، لعلاقة ذلك في عنوان البحث، ولكن أحببت أن أجعل ذلك ضمن كتاب الخيار، وأن يكون مسمى البحث (خيار لاختلاف المتبايعين) لأنه من غير المناسب أن أعقد مبحثًا في اختلاف المتعاقدين على المبيع، وأنا لم أبحث حتى الآن أحكام المبيع وأحكام الثمن، لهذا رأيت من المناسب أن أترك هذا الفصل من اختلاف المتعاقدين بعد معرفة أركان البيع، من صيغة، وعاقد، ومعقود عليه. والله أعلم.



= (٣٠٥) إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسؤولًا عن تصرفات نائبه دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. وهو نص القانون المدني المصري (٢ - ١٩٢).

(٣٠٦): يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وتقديم حساب عما قام به. وهو نص القانون المدني المصري في مادته (١٩٣).

(٣٠٧) على رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرًا عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته. ونحو ذلك في القانون المدني المصري في مادته (١٩٥).

وانظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - السنهوري (١/ ٢/ ١٣٨٤)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. د أنور سلطان (ص٤٠٢)، النظرية العامة للالتزامات د. أمجد محمد منصور (ص٣٧٨).

الباب الخامس
في أحكام المعقود عليه (المبيع والثمن)

تناولنا فيما سبق الركن الأول من أركان البيع: وهو الإيجاب والقبول (الصيغة)، وبينا أحكامها وشروطها.

ثم تناولنا في الركن الثاني من أركان البيع، أحكام العاقد الذي يباشر الإيجاب، أو القبول في العقد؛ وبينا الكلام في أهلية العاقد، وكونه مختارًا مالكًا للمعقود عليه.

وسوف نتناول في هذا الباب الركن الثالث من أركان البيع، وهو أحكام المعقود عليه من مبيع وثمن، وهذا أهم ما في عقد البيع؛ لأنه مقصوده، والغاية منه، وسوف نتناول إن شاء الله تعالى مباحث كثيرة متفرقة، منها:

الشروط الشرعية المعتبرة في المعقود عليه.

معرفة الأحكام التي تخص المبيع وحده. من ذلك

(شمول المبيع، قبض المبيع، التصرف في المبيع قبل قبضه، تلف المبيع، حبس المبيع، مكان تسليم المبيع)

معرفة الأحكام التي تخص الثمن وحده.

من ذلك:

(الفرق بين المبيع والثمن، تأجيل الثمن، تقسيط الثمن، تحديد الثمن عن طريق الإمام (التسعير) أو عن طريق العاقدين (البيع بسعر السوق أو بما يبيع به

زيد، أو بما ينقطع به السعر، أو عن طريق الرقم، أو عن طريق بيوع الأمانة (التولية المشاركة، المرابحة، المواضعة).

إلى غير ذلك من الأحكام التي لا بد من معرفتها عند دراسة أحكام المعقود عليه، لنكون بهذا قد تناولنا عقد البيع صيغة، وعاقدًا، ومعقودًا عليه.

أسأل الله ﷻ وحده عونه وتوفيقه.



تمهيد

المبحث الأول
في تعريف المبيع والثمن

❑ تعريف المبيع والثمن اصطلاحًا(١):

عرفه الحنفية: بأنه العين التي تتعين في البيع، وهو المقصود الأصلي من البيع؛ لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان. والأثمان وسيلة للمبادلة(٢).

❑ شرح التعريف:

قول الحنفية: (العين التي تتعين في البيع) هذا من حيث الأصل، فالمبيع في

---

(١) المبيع في اللغة: اسم مفعول من باع يبيعه بيعًا ومبيعًا، وهو مبيع ومبيوع.
والأصل في مبيع: مبيوع، فنقلت الضمة من العين إلى الفاء، فسكنت وواو مفعول بعدها ساكنة، فالتقى ساكنان، الياء والواو، فحذفت الواو، قال تعالى: ﴿وَقَصۡرٍ مَّشِيدٍ﴾ أي مشيود [الحج: ٤٥]، وقال تعالى: ﴿وَكَانَتِ ٱلۡجِبَالُ كَثِيبًا مَّهِيلًا﴾ أي مهيولا [المزمل: ١٤].
ويطلق البيع على المبيع، فيقال: بيع جيد.
انظر الأصول في النحو (٣/ ٢٨٣)، القاموس المحيط (ص٩١١)، المصباح المنير (ص٦٩).
والثمن لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة (١/ ٣٦٢): «ثمن: الثاء والميم، والنون: أصلان: أحدهما: عوض ما يباع به. والآخر: جزء من ثمانية. فالأول: كقولهم: بعت كذا، وأخذت ثمنه».
وجاء في اللسان (١/ ٣٧٧): «الثمن ما تستحق به الشيء، والثمن: ثمن المبيع، وثمن كل شيء: قيمته، وشيء ثمين: أي مرتفع الثمن».

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٥٠، ١٥١)، القاموس الفقهي (ص٤٦).

الأصل: اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل: ما لا يتعين بالتعيين، وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض، بأن يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعًا كالمسلم فيه(١).

وقوله: (وهو المقصود الأصلي من البيع... الخ) بمنزلة التعليل لما قيل، يعني أنه لما كان المقصود الأصلي من البيع هو المبيع دون الثمن، اشترط تعيينه، بمعنى: وجوده، والقدرة على تسليمه دون الثمن.

وقيل في تعريف المبيع: السلعة التي جرى عليها عقد البيع(٢).

وعرف الثمن: بأنه اسم لما هو عوض عن المبيع(٣).

❑ التفريق بين الثمن والقيمة:

قال ابن نجيم في البحر الرائق نقلًا من السراج الوهاج «والفرق بين الثمن والقيمة، أن الثمن: ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة، أو نقص.

والقيمة: ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان»(٤).

وفي درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «الثمن المسمى: هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضي، سواء كان مطابقًا للقيمة الحقيقية، أو ناقصًا عنها، أو زائدًا عليها... والقيمة: هي الثمن الحقيقي للشيء»(٥).

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣).

(٢) معجم لغة الفقهاء (ص٤٠١).

(٣) المغرب (ص٦٩).

(٤) البحر الرائق (٦/ ١٥).

(٥) المادة (١٥٣، ١٥٤) مع شرحها درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٢٤، ١٢٥).

❑ الفرق بين الثمن وثمن المثل:

الفرق بين الثمن وثمن المثل في المقدار، كالفرق بين الثمن والقيمة، وذلك أن ثمن المثل: هو القيمة، وقد عرفنا الفرق بين الثمن والقيمة.

يقول ابن القيم: «الضمان يكون بثمن المثل، وهو القيمة»(١).

أما الفرق بينهما من ناحية متى يجب الثمن المسمى، ومتى يجب ثمن المثل، ومتى تجب القيمة فهناك فرق من هذا الموضوع.

فالثمن المسمى: يجب في حال صحة العقد، وتراضي المتعاقدين.

وأما وجوب القيمة أو ثمن المثل: فيكون في حالات منها كما إذا فات المبيع، وكان مقبوضًا بعقد فاسد، أو على وجه السوم، أو أتلفه غاصب. فإن كان المبيع مثليًا فالواجب فيه المثل إن وجد، وإن لم يوجد، أو كان المبيع متقومًا، لا مثل له، فالواجب القيمة. وسوف يأتي بسط هذه المواضع إن شاء الله تعالى في باب ضمان المبيع إذا تلف.

❑ الفرق بين الثمن والقيمة والسعر:

قد عرفنا الثمن: وهو ما يصطلح عليه المتعاقدان بتراضيهما، سواء كان مساويًا للقيمة، أو زائدًا، أو ناقصًا عنها.

وأما القيمة فهي الثمن الحقيقي للشيء.

وأما تعريف السعر: فقد عرفه ابن عرفة بأنه«تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرًا للمبيع بدرهم معلوم»(٢).

---

(١) بدائع الفوائد (٤/ ٥٢).

(٢) شرح حدود ابن عرفة (ص٢٥٨، ٢٥٩).

فعلى هذا يكون السعر: هو ما يحدده الحاكم أو وليه وتتم المبادلة عليه.

وقيل في تعريف السعر: ما تقف عليه السلع من الأثمان في سوقها، ولا يزاد عليها[١].

فالسعر قد يكون أعلى من القيمة، وقد يكون مساويًا لها، و قد يكن ناقصًا عنها، كما قلنا في الثمن، إلا أن السعر يتحكم به إما الدولة الراعية للسوق، أو العرض والطلب، بينما الثمن يتراضى عليه العاقدان.

وأما القيمة فهي مقدار ثابت مستقر يتوصل به إلى الثمن الحقيقي للشيء.

❑ الفرق بين الثمن والأجرة:

عرفنا الثمن فيما سبق، وأما الأجرة، فجاء في تعريفها:

«الأجرة: هي العوض الذي يعطى مقابل منفعة الأعيان، أو منفعة الآدمي»[٢].

فعلى هذا يكون الثمن في مقابل المبيع، والأجرة في مقابل المنفعة.



(١) انظر المطلع (ص٢٣١).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٤١).

المبحث الثاني
المبيع والثمن هل هما مترادفان أو متباينان

[م-١١٣] اختلف الفقهاء هل المبيع والثمن اسمان مترادفان، أو هما اسمان متباينان؟ على قولين:

القول الأول:

المبيع والثمن من الأسماء المتباينة، وهو مذهب الحنفية(١)، واختاره بعض المالكية(٢).

واستدلوا على ذلك بأنه قد نقل عن الفراء بأن الثمن: اسم لما في الذمة، وهو إمام في اللغة.

ولأن أحدهما يسمى ثمنًا، والآخر مبيعًا في عرف اللغة والشرع، واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني في الأصل، واستعمال أحدهما مكان صاحبه من باب التوسع؛ لأن كل واحد منهما يقابل صاحبه، فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة، كما يسمى جزاء السيئة سيئة، وجزاء الاعتداء اعتداء(٣).

وجاء في حدائق الأزهار: «والمبيع يتعين، فلا يصح معدومًا إلا في السلم، أو في ذمة مشتريه، ولا يتصرف فيه قبل القبض، ويبطل البيع بتلفه واستحقاقه، ويفسخ معيبه، ولا يبدل، والثمن عكسه في ذلك غالبًا»(٤).

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣).
(٢) الذخيرة للقرافي (٨/ ١٧٥).
(٣) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣)، المبسوط (١٤/ ٢).
(٤) انظر السيل الجرار (٣/ ١٢).

وقال السرخسي في المبسوط: «ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد، وإنما يشترط ذلك في المبيع...»(١).

القول الثاني:

ذهب بعض أهل العلم إلى أن المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، بدليل قوله تعالى: ﴿ٱشْتَرَوْا۟ بِـَٔايَـٰتِ ٱللَّهِ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [التوبة: ٩]، فالثمن هنا هو المبيع؛ لأن الثمن لا يشترى، وإنما يشترى به، فأطلق الثمن وأراد به المبيع(٢).

وأجاب بعضهم عن الآية بأن قوله «ثمنًا» أي ذا ثمن.

واختار الفراء بأن كل ما كان في القرآن من هذا الذي قد نصب فيه الثمن، وأدخلت الباء في المبيع فإن ذلك أكثر ما يكون في الشيئين لا يكونان ثمنين معلومين... فمن ذلك: اشتريت ثوبًا بكساء، أيهما شئت تجعل ثمنًا لصاحبه؛ لأنه ليس من الأثمان، وما كان ليس من الأثمان مثل الرقيق والدور وجميع العروض فهو على هذا، فإذا جئت إلى الدراهم والدنانير وضعت الباء في الثمن، كما قال تعالى في سورة يوسف ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍۭ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠](٣).



(١) المبسوط (١٤/ ٢)..

(٢) قال في بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣): «المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة.... وأما على أصل زفر رحمه الله، وهو قول الشافعي رحمه الله: فالمبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء..».

(٣) انظر لسان العرب (١٣/ ٨٢).

المبحث الثالث
انقسام المعقود عليه إلى مثلي وقيمي

❑ تعريف المثلي والقيمي في الاصطلاح(١):

تعريف الحنفي للمثلي: هو «كل ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به»(٢).

---

(١) تعريف المثلي لغة:

المثلي لغة: نسبة إلى المِثل بكسر الميم، وسكون الثاء وبفتحها: كلمة تسوية، يقال: هذا مِثْله ومَثَله، كما يقال: شِبْهه وشَبَهه.

«وقال ابن بري: الفرق بين المُماثَلة والمُساواة أن المُساواة تكون بين المختلِفين في الجِنْس والمتَّفقين؛ لأن التَّساوِي هو التكافُؤ في المِقْدار لا يزيد ولا ينقُص، وأما المُماثَلة فلا تكون إلا في المتفقين، تقول: نحوُه كنحوِه وفقهُه كفقهِه ولونُه كلونِه وطعمُه كطعمِه، فإذا قيل: هو مِثْله على الإطلاق فمعناه أنه يسدُّ مسدَّه، وإذا قيل: هو مِثْلُه في كذا فهو مُساوٍ له في جهةٍ دون جهةٍ».

وقال ابن الأثير: «مَثَّل الشيء بالشيء سوَّاه وشبَّهه به وجعله مِثله وعلى مِثاله

ومنه الحديث رأيت الجنة والنار مُمثَّلتين في قِبلة الجدار». أي مصورتين. رواه البخاري (٧٤٩).

انظر لسان العرب (١١/ ٦١٠)، مختار الصحاح (ص٢٥٦).

وأما تعريف القيمي لغة:

القيمي: نسبة إلى القيمة، واحدة: القيم: بكسر القاف وفتح الياء، وأصله الواو؛ لأنه يقوم مقام الشيء. والقيمة: ثمن الشيء بالتقويم، تقول: تقاوموه فيما بينهم...

ويقال: كم قامت ناقتك؟ أي كم بلغت، وقد قامت الأمة مائة دينار: أي بلغ قيمتها مائة دينار... في الحديث «قالوا: يارسول الله لو قومت لنا، فقال: الله هو المقوم» رواه أحمد.

أي لو سعرت لنا، وهو من قيمة الشيء: أي حدد لنا قيمتها.

(٢) الدر المختار (٦/ ١٨٥).

والقيمي: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به»[١].

❑ تعريف المالكية للمثلي والقيمي:

لا يختلف تعريف المالكية عن تعريف الحنفية.

فالمثلي عند المالكية: ما له مثل من مكيل أو موزون[٢].

زاد بعضهم: أو معدود[٣].

والقيمي: ما عدا المكيل والموزون والمعدود[٤].

❑ تعريف آخر:

المثلي: ما اتفقت قيم آحاده... والقيمي: ما تفاوتت قيم آحاده.

وذكر الباجي في المنتقى أن الأعيان نوعان:

قسم تختلف صفاته كالخيل والإبل والبقر والغنم وسائر الحيوان والثياب والعروض، فإن هذا لا يكاد جملة منه تتفق آحادها، فهذا مثال للقيمي.

وقسم ثان لا تختلف صفاته على الوجه الذي ذكرناه كالجوز، والبيض، فهذا تتفق صفات آحاده، كما تتفق قيمه، فهذا هو المثلي[٥].

---

(١) المرجع السابق (مادة: ١٤٦).

(٢) التاج والإكليل (٤/ ٣٨١).

(٣) الشرح الكبير (٣/ ٨٢)، منح الجليل (٥/ ٤٢٧)، حاشية العدوي (٢/ ٢٦٧)، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني (١/ ٥٠٦).

(٤) انظر التلقين (٢/ ٤٣٧).

(٥) انظر المنتقى للباجي (٥/ ١٠٩، ١١٠).

❑ **تعريف الشافعية:**

عرف الشافعية المثلي بقولهم: «ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه.

فخرج بقيد الكيل أو الوزن ما يعد كالحيوان أو يذرع كالثياب.

وبجواز السلم فيه: الغالية والمعجون»(١).

وقال في إعانة الطالبين: «ما حصره كيل أو وزن... بمعنى أنه يقدر شرعًا بالكيل أو الوزن، وليس المراد ما أمكن فيه ذلك، فإن كل شيء يمكن وزنه حتى الحيوان»(٢).

وأما المتقوم: فهو ما قابل المثلي، أي كل ما عدا المكيل والموزون فهو متقوم(٣).

❑ **تعريف الحنابلة:**

قال في الروض المربع: المثلي: «كل مكيل أو موزون لا صناعة فيه مباحة، يصح السلم فيه»(٤).

فمن خلال هذه التعريفات نستطيع أن نخرج بما يلي:

المكيل والموزون مثلي بالاتفاق.

المعدود المتقارب، لا يعتبر من المثليات عند الشافعية والحنابلة مطلقًا.

قال في تحفة المحتاج: «فما حصره عد أو ذرع كحيوان وثياب متقوم»(٥).

---

(١) أسنى المطالب (٢/ ٣٤٥)، نهاية المحتاج (٦/ ١٩).

(٢) إعانة الطالبين (٣/ ١٣٨).

(٣) حاشية البجيرمي (٤/ ٤٣٩).

(٤) الروض المربع (٢/ ٣٧٢)، وانظر المبدع (٥/ ١٨١)، كشاف القناع (٣/ ٣١٤).

(٥) نهاية المحتاج (٦/ ١٩)، وانظر إعانة الطالبين (٣/ ١٣٨)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٣٣).

ويعتبر مثليًا عند الحنفية(١)، والمالكية(٢).

وأما المصنوع فالحنفية قسموا المصنوعات إلى نوعين:

«النوع الأول - التي لا تختلف باختلاف الصنعة كالدراهم والدنانير، فالريالات والجنيهات المصنوعة في زماننا المتداولة بين الناس هي وإن كانت من المصنوعات إلا أنها غير مختلفة باختلاف الصنعة؛ لأنها لم تكن من مصنوعات اليد بل هي تصاغ بقالب ولذلك فالجنيه... الذي هو بمائة قرش مثل للجنيه الآخر بذات القيمة، كما أن الريال ذا العشرين قرشا مثل للريال الآخر ذي العشرين قرشًا. كذلك الجوخ الذي من جنس واحد والأقمشة التي هي من مصنوعات معمل-واحد من هذا القبيل...

النوع الثاني - المصنوعات التي تختلف باختلاف الصنعة، كأباريق النحاس والقدور، والأسورة، ومع أن الفضة هي من المثليات، فكون الأسورة المعمولة منها قيمية هو بسبب الصنعة؛ لأن الصانع يصنع الأسورة بصور مختلفة، ولذلك فالأسورة المصنوعة من عشرين درهما فضة أو ذهبا ليست مثلا للأسورة الأخرى المعمولة عن عشرين درهما فضة أو ذهبا»(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨٥).

وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٢١): «المثلي ما يوجد مثله في الأسواق بدون تفاوت يعتد به كالمكيل والموزون، والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض؛ لأنه وإن وجد تفاوت في الكبر والصغر بين أفراد البيض والجوز وآحادهما، فذلك التفاوت لا يوجب اختلافًا في الثمن، ويباع الكبير منهما بمثل ما يباع به الصغير»..

(٢) انظر المنتقى للباجي (٥/ ١٠٩، ١١٠).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ١٠٦) مادة: ١١١٩ .

وانظر تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ١٦٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٢٦٢).

ولم يعتبر المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة المصنوع مثليًا[٣]، وهذا الذي قالوه إنما كان حكمهم على صناعة عصرهم رحمهم الله حيث كانت الصناعة يدوية، وأما الآن فإن الصناعة دخلتها الآلة، فهي أدق في التشابه من تشابه المكيل والموزون بنظيره.

واشترط الشافعية الحنابلة في الصناعة أن تكون مباحة، فإن كانت محرمة فإنها لا تؤثر، لأن الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعًا، فوجودها كعدمها، فلا تخرج المثلي عن طبيعته[٤].

❑ الراجح من التعريفات:

بعد استعراض تعريفات المذاهب للمثلي والقيمي نخلص إلى أن التعريف المختار هو تعريف الحنفية فهو أدق التعريفات وأصوبها، وخلاصته:

أن المثلي ما كان له مثل في السوق، دون تفاوت يعتد به، سواء كان من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات أو المذروعات، وسواء دخلته الصناعة أو لم تدخله، فالعبرة فيه هو وجود المماثل، وأن القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد مثله مع تفاوت معتد به.

ولذلك اعتمده في مواده صاحب مجلة الأحكام الشرعية الحنبلي[٥].



---

(١) الخرشي (٦/ ١٣٥).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٢٨١)، أسنى المطالب (٢/ ٣٤٥).

(٣) الروض المربع (٢/ ٣٧٢)، وانظر المبدع (٥/ ١٨١)، كشاف القناع (٣/ ٣١٤).

(٤) أسنى المطالب (٢/ ٣٤٧).

(٥) انظر المادة: ١٩٣، ١٩٤ .

فرع
الأثر الفقهي في تقسيم المال إلى مثلي وقيمي

عرفنا في المبحث السابق تعريف المثلي والقيمي، كما عرفنا قبله أثر هذا التقسيم لدى الفقهاء في تحديد المبيع من الثمن، ولم يكن هذا هو الأثر الوحيد نتيجة هذا التقسيم، بل يوجد آثار كثيرة في أبواب متفرقة، كالضمان، والقرض، والقسمة، وإليك بيانها:

❑ الأول: في تحديد المبيع من الثمن

سبق لنا في مبحث سابق أن المعقود عليه إذا كان أحدهما مثليًا، والآخر قيميًا، فإن الحنفية يرون أن المثلي، هو الثمن لثبوته في الذمة.

وأن القيمي: هو المبيع. وقد ذكرنا الخلاف، ودليل كل قول، فأغنى عن إعادته هنا.

❑ ثانيًا: في استقراض المال

إذا كان المال مثليًا صح أن يكون دينًا في الذمة بالاتفاق، لأنه ينضبط بالصفة، كما جاء في الحديث: «**من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**» متفق عليه[١]، على خلاف بين العلماء في بعض الأموال هل هي مثلية، أو غير مثلية، كالخلاف في الحيوان.

[م - ١١٤] وأما المال القيمي، فهل يثبت دينًا في الذمة؟

اختلف العلماء في هذه المسألة:

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٤١)، ومسلم (١٦٠٤).

فقيل: المال القيمي لا يثبت دينًا في الذمة، وهو مذهب الحنفية، وأصح القولين في مذهب الشافعية»[1].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الدر المختار (٥/ ١١٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٩٥)، البحر الرائق (٦/ ١٦٠، ١٦١)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠٥) و (٨/ ٣٣٩)، فتح القدير (٨/ ٣٣٩)، المبسوط (١٣/ ٢٠، ٢١).

وقال في البحر الرائق (٦/ ١٣٣): «ويجوز القرض فيما هو من ذوات الأمثال كالمكيل، والموزون والعددي المتقارب كالبيض، والجوز؛ لأن القرض مضمون بالمثل، ولا يجوز في غير المثلي لأنه لا يجب دينا في الذمة..».

وقال ابن عابدين في حاشيته (٥/ ١٦١): «لا يصح القرض في غير المثلي؛ لأن القرض إعارة ابتداء، حتى صح بلفظها، معاوضة انتهاء؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، فيستلزم إيجاب المثلي في الذمة، وهذا لا يتأتى في غير المثلي».

وفي المذهب المالكي، قال الدردير في الشرح الكبير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٢): «يجوز قرض ما يسلم فيه، أي كل ما يصح أن يسلم فيه، من عرض وحيوان مثلي.... أي دون ما لا يصح السلم فيه، كدار وبستان وتراب معدن، وصائغ وجوهر نفيس فلا يصح فيه القرض...».

وقال الدسوقي في حاشيته (٣/ ٢٢٢، ٢٢٣): «أشار المصنف إلى قاعدة كلية مطردة منعكسة قائلة: كل ما يصح أن يسلم فيه إلا الجواري يصح أن يقرض، وبعض ما يصح أن يقرض يصح أن يسلم فيه، فعكسها بالمستوى صحيح، وأما عكسها عكسًا لغويًا: وهو كل ما لا يصح أن يسلم فيه لا يصح أن يقرض، وهو معنى قول المصنف فقط، فعلى القول بأنه يمتنع قرض جلد الميتة المدبوغ بمثله، وكذا جلد الأضحية؛ لأنه معاوضة على نجس يكون ذلك العكس مستقيمًا، وأما على القول بجواز قرضهما، وهو المصحح لإباحة الانتفاع بهما، فلا تكون تلك القاعدة منعكسة عكسًا لغويًا؛ لأنه لا يصح السلم فيهما، ويصح قرضهما...».

قلت: قد سبق أن رجحت أن جلود الميتة تطهر بالدباغ، فلا حرج في جعل الجلود دينًا في الذمة إلا أن يمنع من بيعها مانع لا لأنها جلود مدبوغة، ولكن لكونه مثلًا أضحية فهذا باب آخر.

وفي مذهب الشافعية، قال في السراج الوهاج (ص٢١١): «وما لا يسلم فيه كالذي يندر وجوده، أو لا ينضبط لا يجوز إقراضه في الأصح. ومقابله يجوز».

وانظر التنبيه (ص٩٩)، المهذب (١/ ٣٠٣)، مغني المحتاج (١١٩).

وقيل: يجوز قرض كل شيء إلا الجواري، وهو قول في مذهب المالكية[١].

وقيل: يجوز قرض غير المثلي، ويرد بدلًا منه قيمته، وهو قول في مذهب الشافعية[٢]، . . . .

---

(١) الذخيرة (٥/ ٢٨٧)، التمهيد (٤/ ٦٦).
واقتراض الجواري فيها خلاف بين الفقهاء:
فقيل: المنع مطلقًا، وهو مذهب الجمهور
وقيل: يجوز اقتراض الجواري، ولكن إن وطئها رد غيرها حتى لا يرد موطوءته، انظر الذخيرة للقرافي (٥/ ٢٨٧).
وقيل: يجوز اقتراض الجواري إذا كان لا يؤدي ذلك إلى الوطء، كما لو كانت الجارية في سن لا يوطأ مثلها، أو المقترض صغيرًا إذا اقترضها له وليه، أو كانت المقترض امرأة، أو ذا رحم منها، أو محرمًا عليه وطؤها لقرابة.
ودليلهم أن المنع إنما كان من أجل ألا يؤدي ذلك إلى إعارة الفروج، وهنا العلة منتفية.
وقيل: يجوز استقراض الإماء مطلقًا، وهذا اختيار المزني، وداود بن علي، وأبي جعفر الطبري، انظر التمهيد (٤/ ٦٦)، المحلى (٨/ ٨٢، ٨٣).
وهو الصحيح؛ لأن الأصل الحل، ولا يجوز المنع إلا بدليل من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، ولا يوجد دليل يمنع من ذلك، وإذا اقترض الرجل عينًا فقد ملكها، وجاز له التصرف فيها بالبيع وغيره، وإذا جامعها فقد جامع ملك اليمين، وهذا جائز بنص القرآن، وإنما المحذور أن يطأ جارية غيره.
والقاعدة الفقهية تقول: ما جاز بيعه جاز قرضه، والله أعلم. وسوف يأتي إن شاء الله تحرير الخلاف فيها بشكل موسع، مع بيان الراجح في باب القرض، أسال الله ﷻ أن يبلغنا إياه بحوله وقوته.

(٢) قال في المهذب (١/ ٣٠٣): «ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع، ويضبط بالوصف؛ لأنه عقد تمليك يثبت العوض في الذمة، فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم، فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيها وجهان:
أحدهما: لا يجوز؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له.
والثاني: يجوز؛ لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة، والجوهر كغيرها في القيمة».
وانظر السراج الوهاج (ص٢١١).

ووجه في مذهب الحنابلة(١)، وهو الراجح.

❑ **دليل من قال: لا يجوز في المتقوم جعله دينًا في الذمة.**

قالوا: إن المقرض لا يرد عادة عين ما اقترض، بل الغالب أن يتصرف فيه ببيع، أو هبة، أو استهلاك، فيحتاج إلى رد مثله، والمتقوم ليس له مثل، فلا يصح قرضه.

❑ **دليل من قال: يجوز جعل المتقوم دينًا في الذمة.**

الدليل الأول:

الأصل في معاملات الناس الحل والجواز، ولو كان ممنوعًا شرعًا لجاء النص الشرعي الصحيح بمنع ذلك، ولم يقم دليل على المنع.

---

(١) قال في تصحيح الفروع (٤/ ١٩٩): «هل يصح قرض كل عين يصح بيعها، ولا يصح السلم فيها، كالجواهر ونحوها أم لا؟...

أحدهما: يصح قرضه، اختاره القاضي في المجرد وغيره، وجزم به في الوجيز، وتجريد العناية وغيرهما، وصححه في التصحيح، وتصحيح المحرر وغيرهما، فعلى هذا الوجه يرد المقترض القيمة.

الوجه الثاني: لا يصح... قال في التلخيص: أصل الوجهين، هل يرد في المتقومات القيمة أو المثل؟ على روايتين يأتيان.

وقال في المغني: ويمكن بناء الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون، فإن قلنا: الواجب رد المثل، لم يجز قرض الجواهر، وما لا يثبت في الذمة سلمًا لتعذر رد مثلها، وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه؛ لإمكان رد القيمة».

وقال في الكافي: «فأما ما لا يصح السلم فيه كالجواهر ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، ذكره أبو الخطاب؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، وهذا لا مثل له.

والثاني: يجوز، قاله القاضي؛ لأن مالا مثل له تجب قيمته، والجواهر كغيرها في القيمة». اهـ

ورجح ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى جواز قرض الخبز ورد مثله عددًا بلا وزن من غير قصد الزيادة، قال ابن تيمية: وهو مذهب أحمد «انظر الفتاوى الكبرى (٤/ ٤٧٦).

وأجاز ابن تيمية قرض المنافع، وهي غير مثلية، قال رحمه الله في الفتاوى الكبرى (٤/ ٤٧٦): «يجوز قرض المنافع مثل أن يحصد معه يومًا، ويحصد معه الآخر يومًا، أو يسكنه الآخر بدلها».

الدليل الثاني:

(ح-٥٤) ما رواه الخطيب في تاريخه من طريق شيخ بن عميرة بن صالح الأسدي، حدثنا الزبير، قال: حدثتني أم كلثوم ابنة عثمان بن مصعب بن الزبير، عن صفية ابنة الزبير بن هشام بن عروة، عن جدها هشام بن عروة، عن أبيه عن عائشة **سألنا رسول الله ﷺ عن الخبز والخمير نقرضهم، ويردون أكثر أو أقل، فقال: ليس بهذا بأس، إنما هذه مرافق الناس، لا يراد بها الفضل**(١).

[إسناده ضعيف](٢).

---

(١) تاريخ بغداد (٩/ ٢٦٧).

(٢) لم أقف على ترجمة كل من أم كلثوم ابنة مصعب بن الزبير، وصفية ابنة الزبير بن هشام ابن عروة، كما أن شيخ ابن عمير ذكره الخطيب في تاريخه، وسكت عليه، ولم أقف على من تكلم فيه (٩/ ٢٦٨) إلا أنه قد توبع في هذا الحديث، فقد رواه القزويني في التدوين في أخبار قزوين (٣/ ١٤٦) من طريق القاسم بن أحمد بن العباس الصائغ، ثنا الزبير بن بكار به. ولم أقف أيضًا على ترجمة القاسم بن أحمد الصائغ.

وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق (١٥٠٢) من طريق أبي محمد عبد الله بن محمد بن ناجية، قال: ثنا الزبير بن بكار به. وابن ناجية ثقة، انظر ترجمته في تاريخ بغداد (١٠/ ١٠٤)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٦٩٦).

قال ابن الجوزي في التنقيح (٣/ ٧): «هذا الحديث غير مخرج في شيء من الكتب الستة، قال شيخنا: وفي إسناده من يجهل حاله، والله أعلم».

وذكر الخطيب في تاريخه (١٣/ ٤٥٤) وابن عساكر في تاريخ دمشق (٦٣/ ٤١٣) عن عبد الله ابن علي بن المديني، قال: سمعت أبي يقول: إن أبا البختري روى عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة قال: قلت يا رسول الله إني أستقرض من جارتي الخميرة. قال أبي: هو كذاب.

وكذبه أحمد، وإسحاق بن راهوية، وأبو حاتم الرازي وغيرهم. الجرح والتعديل (٩/ ٢٥). =

الدليل الثالث:

أن المقترض إذا لم يتمكن من رد القرض نفسه، فإنه يدفع قيمته، كما لو وجب عليه ضمانه لسبب آخر من إتلاف ونحوه، والقول قول المقترض؛ لأنه غارم.

= وقال يحيى بن معين: «أبو البختري كذاب خبيث يضع الأحاديث، كان يحدث عن هشام ابن عروة، عن أبيه، عن عائشة. وعن ثور، عن خالد بن معدان، عن معاذ. وجعفر بن محمد عن أبيه، عن علي، قالوا: قال رسول الله ﷺ في الخمير يقرض، قال: لا بأس به. تاريخ يحيى بن معين رواية الدوري (٣/ ١٧٥)، الجرح والتعديل (٩/ ٢٥).

قلت: حديث معاذ رواه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠/ ٩٦) وفي مسند الشاميين (٤١٤) من غير طريق أبي البختري، وإنما رواه من طريق سليمان بن سلمة الخبائري، ثنا بقية بن الوليد، ثنا أبو عبد الله رجل من الأنبار، عن ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان.

عن معاذ بن جبل، قال: سئل رسول الله ﷺ عن استقراض الخمير، فقال: **سبحان الله، إنما هي من مكارم الأخلاق، خذ الصغير، وأعط الكبير، وخذ الكبير وأعط الصغير، وخيركم أحسنكم قضاء.**

وهذا في إسناده سليمان بن سلمة الخبائري، قال النسائي: ليس بشيء. الضعفاء والمتروكين (٢٥٣).

وقال ابن أبي حاتم سألت أبي عنه، فقال: متروك الحديث لا يشتغل به، فذكرت ذلك لابن الجنيد، فقال: صدق، كان يكذب، ولا أحدث عنه بعد هذا. الجرح والتعديل (٤/ ١٢١).

ورواه ابن عدي في الكامل (٢/ ١٠٣) ومن طريقه البيهقي في شعب الإيمان (١٠٧٢٥) من طريق ابن مصفى، ثنا بقية، عن ثور به.

فهذا الإسناد له علتان:

العلة الأولى: تدليس بقية، فقد عنعن هنا، وهو لم يسمعه من ثور فإسناد الطبراني يرويه بقية عن أبي عبد الله رجل من الأنبار، عن ثور بن يزيد.

العلة الثانية: خالد بن معدان لم يدرك معاذ بن جبل.

قال ابن عبد الهادي في التنقيح (٣/ ٧): «هذا الحديث لم يخرج في شيء من السنن، وإسناده صالح، لكنه منقطع، فإن الحديث مروي من طريق خالد، وخالد لم يدرك معاذًا».

الدليل الرابع:

أن القرض القصد منه الإرفاق والإحسان والمسامحة، ولذلك جاز النساء فيه بين الأموال الربوية، مع أنه في عقد المعاوضة محرم إجماعًا، فجواز دفع القيمة بدلًا من القرض يجوز من باب أولى، فباب القرض أخف من باب البيع.

يقول ابن تيمية: «باب القرض أسهل من باب البيع، ولهذا يجوز على الصحيح قرض الخبز عددًا، وقرض الخمير»(١).

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٣١)، وقد اختلف العلماء في حكم قرض الخبز،
فقيل: لا يجوز مطلقًا، لا وزنًا ولا عددًا، وهذا مذهب الحنفية.
وعللوا ذلك بوجود التفاوت الفاحش بين خبز وخبز؛ لاختلاف العجن، والنضج، والخفة والثقل في الوزن، والصغر والكبر في العدد، ولهذا لم يجز السلم فيه بالإجماع، ألا ترى أنه يجوز السلم في الثياب، ولا يجوز القرض فيها...».
قال الكاساني في بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٥): «ولا يجوز القرض في الخبز، لا وزنًا ولا عددًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله».
وقيل: يجوز إقراضه وزنًا، وهو أشهر الوجهين في مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة:
جاء في إعانة الطالبين (٣/ ٥١): «واستثني جواز قرض الخبز وزنًا؛ لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار، وهذا ما قطع به المتولي والمستظهري وغيرهما، واقتضى كلام النووي ترجيحه، قال في المهمات: والراجح جوازه، وقد اختاره في الشرح الصغير».
لأن المطلوب رد المثل، ولا يمكنه ذلك إلا بالوزن.
وانظر المهذب (١/ ٣٠٤)، روضة الطالبين (٤/ ٣٧)، مغني المحتاج (٢/ ١١٩)، المغني لابن قدامة (٤/ ٢١٠)، الكافي (٢/ ١٢٣).
وقيل: يجوز إقراضه مطلقًا بدون قصد الزيادة أو اشتراطها، وهو اختيار محمد بن الحسن من الحنفية، واختاره بعض المالكية، والخوارزمي من الشافعية، وهو المشهور من مذهب الحنابلة، ورجحه ابن تيمية وابن القيم، وهو الراجح. =

الدليل الخامس:

المقرض والمقترض يعلمان أن هذا المال ليس له مثل، وأن القيمة سوف تدفع بدلًا منه، وتراضيا على ذلك، فأي محذور شرعي في منعه، فإن كان المنع حقًا لله، فلا بد من وجود نص من كتاب، أو سنة صحيحة يمنع منه، ولا وجود لذلك، وإن كان المنع حقًا لآدمي، فالغرر فيه يسير يتسامح فيه في باب القرض الذي هو من باب الإحسان، وقد تراضى المقرض والمقترض على ذلك، وطابت به نفوسهما، وهذا هو الذي يتمشى مع مقاصد الشرع في هذا العقد، وقضاء حاجة المحتاج، وعدم دفع المحتاج إلى معاملات التورق، ورفع السعر عليه مقابل التأجيل.

□ **الراجح:**

أن كل ما جاز بيعه جاز قرضه، سواء كان آدميًا أو غيره، وسواء كان مثليًا أو متقومًا، والقرض ليس من عقود المعاوضات، وإنما هو من عقود الإرفاق والإحسان، والله أعلم.

□ **ثالثًا: في باب الضمان.**

[م - ١١٥] إذا تلف الشيء في يد من عليه ضمانه(١)، فإن الواجب يختلف

= لأن القرض مبني على المسامحة، ولجواز قرض الحيوان مع كونه قد يتفاوت تفاوتًا يسيرًا، ولأن الزيادة غير المشروطة في حال رد القرض لا تحرم بخلاف البيع في المال الربوي. سيأتي إن شاء الله تعالى مزيد بحث لهذه المسألة في كتاب القرض، وإنما اقتضت الإشارة إليها عند الكلام على مسألة قرض المتقوم، والله أعلم.
انظر بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٥)، التاج والإكليل (٤/ ٥٤٧)، إعانة الطالبين (٣/ ٥١)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٣١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٠١)، كشاف القناع (٣/ ٣١٦)، المغني (٤/ ٢١٠)، الكافي في فقه أحمد (٢/ ١٢٣).

(١) ذكر القرافي في أنواع البروق (٢/ ٢٠٧) أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة: =

بين المثلي والقيمي.

فقيل: عليه رد مثله إن كان مثليًا، أو قيمته إن كان متقومًا. وهذا مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وقيل: يجب رد المثل مطلقًا، اختاره العنبري من الحنابلة[٥].

وقال ابن حزم: يجب رد المثل مطلقًا، فإن عدم المثل فالمضمون مخير بين أن يمهله حتى يوجد المثل، وبين أن يأخذ القيمة[٦].

وقيل: يضمن المثلي وغيره مطلقًا بالقيمة، اختاره بعض الفقهاء[٧]، وهو رأي الهادوية[٨].

= **الأول**: العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة...
الثاني: التسبب للإتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو في أرضه، ولكن حفرها لهذا الغرض...
الثالث: وضع اليد التي ليست بمؤتمنة كالسارق والغاصب ومن قبض المال بغير إذن المالك... الخ كلامه رحمه الله.

(١) البحر الرائق (٦/ ١١٦)، و (٧/ ٢٢٣)، الدر المختار (٦/ ١٨٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٤)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠٥).

(٢) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني (١/ ٥٠٦)، الشرح الكبير (٣/ ٣٣٥)، الفواكه الدواني (٢/ ١٦٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٥)، أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/ ٢٠٦).

(٣) إعانة الطالبين (٣/ ٤٦)، السراج الوهاج (ص١٨٧)، المجموع (٩/ ٤٨، ٢٦٢)، أسنى المطالب (٢/ ١١٩)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٣).

(٤) الإنصاف (٦/ ١٥٥، ١٦٨)، الروض المربع (٢/ ١٠١)، الكافي (٢/ ١١٩)، المبدع (٤/ ٧٥)، المغني (٤/ ٢٠٢).

(٥) المغني (٥/ ١٣٩)، منار السبيل (١/ ٤٠٤)،

(٦) المحلى (٦/ ٤٣٧).

(٧) المحلى (٦/ ٤٣٧).

(٨) الدراري المضيئة (١/ ٣٣٦).

وقد ذكرت ولله الحمد أدلة كل قول في باب تلف المبيع، وكيفية الضمان في المجلد الثالث من هذه المجموعة.

❑ رابعًا: في باب القسمة

[م - ١١٦] فالمال المشترك بين رجلين أو أكثر إذا كان مثليًا كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب تدخله القسمة جبرًا: أي يجبر الشريك على القسمة، ويتولاها القاضي.

قال المرداوي في الإنصاف: «إذا طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر أجبر عليه بلا نزاع»(١).

وأما المال القيمي، فإن كان مما يمكن قسمه بلا ضرر، ولا يحتاج إلى رد عوض، كالأرض الواسعة، والقرى والبساتين والدور الكبار والدكاكين الواسعة فإنه يقسم قسمة إجبار كالمال المثلي.

وإن كان مما لا يمكن قسمه، إلا بضرر كنقص القيمة، أو برد عوض من أحدهما على الآخر لم يجبر أحدهما على القسمة.

قال في البحر الرائق: «القسمة ثلاثة أنواع:

قسمة لا يجبر الآبي عليها، كقسمة الأجناس المختلفة.

وقسمة يجبر عليها الآبي كقسمة ذوات الأمثال كالمكيل والموزون.

---

(١) الإنصاف (١١/ ٣٤٥)، وقال في الفتاوى الصغرى كما في البحر الرائق (٨/ ١٦٨) «القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لا يجبر الآبي عليها، كقسمة الأجناس المختلفة، وقسمة يجبر الآبي عليها، كقسمة ذوات الأمثال كالمكيل والموزون، وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد، والبقر والغنم». وانظر حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٥٥).

وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد، والبقر والغنم»[١].

وقال في المهذب: «وإن طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت، فإن لم يكن على واحد منهم ضرر في القسمة كالحبوب والأدهان والثياب الغليظة وما تساوت أجزاؤه من الأرض والدور أجبر الممتنع؛ لأن الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال، وأن يتخلص من سوء المشاركة من غير إضرار بأحد فوجبت إجابته إلى ما طلب، وإن كان عليهما ضرر كالجواهر، والثياب المرتفعة التي تنقص قيمتها بالقطع، والرحى الواحدة، والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله ﷺ: **لا ضرر ولا إضرار**، وروي أن النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال؛ ولأنه إتلاف مال وسفه يستحق بها الحجر فلم يجبر عليه».

قال ابن رجب في قواعده: «إن كان المشترك مثليًا، وهو المكيل والموزون، وامتنع أحد الشريكين من الإذن في القسمة أو غاب، فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون إذن الحاكم؟ على وجهين:

(أحدهما): الجواز وهو قول أبي الخطاب.

(والثاني): المنع وهو قول القاضي؛ لأن القسمة مختلف في كونها بيعا وإذن الحاكم يرفع النزاع»[٢].

وسوف يأتي مزيد بحث لهذه المسألة إن شاء الله تعالى في بابها، وإنما أردت هنا الإشارة إلى الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى مثلي وقيمي، ولم أقصد تحرير قسمة المال المشترك بين الشركاء، وكيف يقسم، والله أعلم.

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٦٨) وهذا النص بحروفه منقول في حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٥٥).

(٢) قواعد ابن رجب: القاعدة الثالثة والعشرون (ص٣٢).

الفصل الأول
في كيفية تعيين المبيع من الثمن

المبحث الأول
تعيين المبيع من الثمن في مبادلة سلعة بنقد

عقد البيع: هو عقد مبادلة مال بمال، أحدهما يسمى (مبيعًا) يدفعه البائع، والآخر يسمى (ثمنًا) يدفعه المشتري، وتارة يكون الثمن نقودًا، وتارة يكون عروضًا.

والسؤال: كيف يتم تعيين المبيع من الثمن؟

وللجواب على ذلك يقال:

[م - ١١٧] إذا كان أحد العوضين نقودًا، والآخر سلعة، فهل النقد هو الثمن، ولا تأثير لباء الثمنية، أم أن ما تدخل عليه الباء هو الثمن؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب جماهير أهل العلم إلى أن النقود ثمن دائمًا، ولا أثر للصيغة - أعني سواء دخلت الباء على المبيع، أو على الثمن - حتى لو قال: بعتك دينارًا بهذه السلعة، فإن الدينار هو الثمن رغم دخول الباء على (السلعة) وهي تدخل عادة على الثمن[١].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٦٧)، العناية (٥/ ٤٦٨)، المبسوط (١٤/ ٢، ٣)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٧٢)، مواهب الجليل (٤/ ٣٠٥)، الفروق =

وإنما كانت الدراهم والدنانير هي الثمن لثلاثة أوصاف:

الوصف الأول: أن الدراهم والدنانير هي أثمان المبيعات، وهي المعيار الذي يعرف عن طريقه تقويم الأموال، فالأشياء سلع، والأثمان تعرف بواسطتها قيمة السلع، ولو كانت النقود سلعًا لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء.

الوصف الثاني: أن الثمن لا يقصد لعينه، بل يقصد التوصل به إلى السلع، فإذا صارت في أنفسها سلعًا تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا معنى معقول يختص بالنقود(١).

الوصف الثالث: أن النقود لا تتعين بالتعيين، بخلاف السلع.

قال القرافي «أجمع الناس على أن العروض تتعين بالتعيين، وكذا الحيوان والطعام؛ لأن لهذه الأشياء من الخصوصيات والأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة، وتميل إليه العقول السليمة، والنفوس الخاصة، لما في تلك المعينات من الملاذ الخاصة في تلك الأعيان»(٢).

ولذلك وجود الثمن في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط في صحة العقد،

= (٣/ ٢٥٦)، المجموع (٩/ ٣٣٠)، أسنى المطالب (٢/ ٨٥)، الروضة (٣/ ٥١٢)، مغني المحتاج (٢/ ٧٠).

(١) يقول البخاري في كشف الأسرار (٢/ ١٦٧): «الثمن ليس بمقصود في البيع، بل هو تبع بمنزلة الآلة، ألا ترى أن الغرض الأصلي في البيع الانتفاع بالمملوك، وذلك يحصل بما هو مبيع، لا بما هو ثمن؛ لأنه في الغالب من النقود، وهي ليست بمنتفع بها في ذواتها، وإنما هي وسيلة إلى حصول المقاصد. . .».

(٢) الفروق (٤/ ٧، ٨).

وإنما يشترط ذلك في المبيع؛ لأن الثمن إنما يثبت دينًا في الذمة، ولا يتعين بالتعيين.

قال الفراء: الثمن: ما ثبت في الذمة. والفراء إمام في اللغة[١].

(ح-٥٥) ولما رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ، هو يريد أن يدخل بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا، وبينكما شيء**[٢].

[اختلف في رفعه ووقفه، ورجح شعبة والدارقطني وقفه][٣].

قال السرخسي: «وإذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض، ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد؛ لأن في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد، وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط؛ لأن اشتراط الملك عند العقد: إما لتمليك العين، والثمن دين في الذمة.

أو للقدرة على التسليم، ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد»[٤].

القول الثاني:

أن الثمن هو ما دخلت عليه الباء مطلقًا، وهو وجه في مذهب

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٦٨).
(٢) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).
(٣) سيأتي تخريجه انظر (ح١١٢).
(٤) المبسوط (١٤/ ٢).

الشافعية(١)، ومذهب الحنابلة(٢).

ورجحه شيخنا محمد بن صالح العثيمين رحمه الله.

قال في الشرح الممتع: «قال بعض العلماء: الثمن ما دخلت عليه الباء، فإذا قلت: بعت عليك ثوبًا بدرهم، فالثمن الدرهم، وإذا قال: بعت عليك درهما بثوب، فالثمن الثوب... وهذا هو الأظهر حتى في عرف الناس، أن الثمن ما دخلت عليه الباء»(٣).

والأول أقوى من حيث الحجة، والله أعلم(٤).



(١) المجموع (٩/ ٣٣٠)، روضة الطالبين (٣/ ٥١٢).

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧٧): «ويتميز ثمن عن مثمن بباء البدلية، ولو أن أحدهما أي العوضين (نقد) فما دخلت عليه الباء فهو الثمن، فدينار بثوب الثمن الثوب لدخول الباء عليه».
وانظر مطالب أولي النهى (٣/ ١٨٥)، الإنصاف (٤/ ٤٧٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٤٧).

(٣) الشرح الممتع (٨/ ١٦٩).

(٤) راجع للاستزادة السيل الجرار (٣/ ١٢ - ١٦)، الفقه الإسلامي وأدلته - زحيلي (٤/ ٤٠٢)، الموسوعة الكويتية (٩/ ١٦، ١٨) و (١٣/ ٤٣).

المبحث الثاني
تعيين المبيع من الثمن في مبادلة النقد بمثله

إذا كان كل من العوضين نقودًا، كما لو باع دراهم بدنانير، أو ريالًا بجنيه، فكيف نعرف الثمن من المبيع؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

كلاهما ثمن من وجه، ومبيع من وجه آخر، وهذا مذهب الحنفية(١).

وقال الكاساني: «أما الصرف فلأن كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجه، وثمن من وجه؛ لأن البيع لا بد له من مبيع، إذ هو من الأسماء الإضافية، وليس أحدهما بجعله مبيعًا أولى من الآخر، فيجعل كل واحد منهما مبيعًا من وجه، وثمنا من وجه»(٢).

القول الثاني:

الثمن ما دخلت عليه الباء، وهو مذهب الجمهور(٣).

لأن الباء من معانيها التعويض، كما في قوله تعالى: ﴿ٱشْتَرَوُا۟ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا بِٱلْـَٔاخِرَةِ﴾ [البقرة: ٨٦]، فالدنيا والآخرة كلاهما يطلق عليه حياة، فتعين الثمن بما دخلت عليه الباء، فالمثمن الدنيا والثمن الآخرة.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤)، المبسوط (١٤/ ٢).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٧٠)، روضة الطالبين (٣/ ٥١٢).

المبحث الثالث
تعيين المبيع من الثمن في مبادلة سلعة بمثلها

إذا كان العوضان من السلع، فكيف يتم تحديد المبيع من الثمن؟

وللجواب على ذلك يقال: تختلف السلع بعضها عن بعض، فبعض السلع تكون مثلية، وبعضها قيمي:

والسلعة المثلية: هي كل سلعة يوجد لها مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به[(١)].

وأما السلعة القيمية: فهي ما لا يوجد لها مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به[(٢)].

وإذا كان الأمر كذلك فلا تخرج القسمة في حالة كون المبيع سلعة بسلعة عن الآتي:

(١) مبادلة سلعة مثلية بسلعة قيمية:

[م-١١٨] إذا بيع مال قيمي بمال مثلي، فلا يخلو من حالتين:

(أ): أن يكون المال المثلي معينًا كما لو أشير إليه مثلًا، كبعتك هذه الفرس بهذه المائة صاع من البر. أو قال: بعتك هذه المائة صاع من القمح، بهذه الفرس. فالقيمي هو المبيع، والمثلي هو الثمن، ولا عبرة بالصيغة، وهذا مذهب الجمهور[(٣)].

---

(١) الدر المختار (٦/ ١٨٥).

(٢) المرجع السابق (مادة: ١٤٦)، وسيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البحث الكلام على المثلي والقيمي بشيء من التفصيل، أعاننا الله على ذلك بحوله وقوته.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٦٨)، مغني المحتاج (٢/ ٧٠).

لأن الثمن هو ما يثبت دينًا في الذمة، والمال المثلي: هو الذي يقبل أن يكون دينًا في الذمة.

وقيل: الثمن ما دخلت عليه الباء، وهو مذهب الشافعية(١)، والحنابلة(٢).

وقد ذكرنا دليلهم في المسألة السابقة.

(ب) أن تكون الأموال المثلية غير معينة، فالثمن هو العوض المقترن بالباء، كما لو قال: بعتك هذه الفرس برطل من البر، فالبر هو الثمن، لدخول الباء عليه، ولو قال: بعتك رطلًا من البر بهذه الفرس، فالفرس هي الثمن، وهو من بيع السلم؛ لأن المبيع موصوف في الذمة، والثمن معجل، وهذا حقيقة السلم(٣).

(٢) مبادلة مال مثلي بمال مثلي.

إذا بيع مال مثلي بمال مثلي، فإما أن يكونا معينين، أو يكون أحدهما معينًا، والآخر موصوفًا في الذمة.

فإن كانا معينين فما صحبه الباء فهو الثمن، والآخر مبيع.

وإن كان أحدهما معينًا، والآخر موصوفًا في الذمة، فما كان موصوفًا في الذمة فهو الثمن، وما كان معينًا فهو المبيع. هذا مذهب الحنفية(٤).

واختار الشافعية والحنابلة بأن السلعة إذا بيعت بسلعة، فالثمن ما اتصلت به الباء، والمبيع ما يقابله مطلقًا، سواء كان المال مثليًا أو كان غير مثلي.

---

(١) إعانة الطالبين (٣/ ٤٠)، مغني المحتاج (٢/ ٧٠)، روضة الطالبين (٣/ ٥١٢).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧٧) مطالب أولي النهى (٣/ ١٨٥)، الإنصاف (٤/ ٤٧٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٤٧).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٧٢)، العناية (٥/ ٤٦٨).

(٤) انظر الإحالات السابقة في مذهب الحنفية.

جاء في روضة الطالبين: «وفي حقيقة الثمن أوجه... أصحها أن الثمن النقد، والمثمن ما يقابله، فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدين، فالثمن ما ألصق به الباء، والمثمن ما يقابله»(١).

وجاء في الإنصاف: «يتميز الثمن عن المثمن بدخول باء البدلية مطلقًا على الصحيح من المذهب. قدمه في التلخيص، والرعاية. وقال: وهو أولى... وقيل: إن اشتملت الصفقة على أحد النقدين. فهو الثمن، وإلا فهو ما دخلته باء البدلية. نحو لو قال: بعتك هذا بهذا. فقال المشتري: اشتريت، أو قال: اشتريت هذا بهذا. فقال البائع: بعتك...»(٢).

(٣) مبادلة مال قيمي بمال قيمي.

فقيل: كل منهما مبيع من وجه، وثمن من وجه، وهذا مذهب الحنفية.

لأن البيع لا بد له من مبيع، إذ هو من الأسماء الإضافية، وليس أحدهما بجعله مبيعًا أولى من الآخر، فيجعل كل واحد منهما مبيعًا من وجه، وثمنا من وجه.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الثمن ما دخلت عليه الباء، وقد تقدم ذكر مذهبهم ودليلهم، والله أعلم.

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأقوال، الذي تميل له نفسي أن ما يميز الثمن عن المبيع هو النقد إن وجد، فإن لم يوجد نقد كان ما يميز الثمن عن المبيع هو باء الثمنية، لا

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥١٢)، وانظر المجموع (٩/ ٣٣٠).

(٢) الإنصاف (٤/ ٤٧٢).

فرق في ذلك بين الثمن المثلي والقيمي، بدليل أننا في السلم لو اشترى مائة رطل مؤجلة بثوب معين كان الثوب هو الثمن، ولا عبرة في المثلي والقيمي، والله أعلم.

❑ ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور:

الخلاف بين الجمهور والحنفية في تعيين المبيع من الثمن تظهر ثمرته في بعض الأحكام، منها:

الفائدة الأولى:

سبق لنا أن مذهب الحنفية لا يشترطون في المالية أن يكون المال مباح النفع، فالخمر عندهم مال لكنه غير متقوم، فكون الخمر ثمنًا يفسد العقد، ولا يبطله، وإذا كان مبيعًا فإنه يبطل العقد، بناء على مذهب الحنفية في التفريق بين العقد الفاسد والباطل، وقد سبق الكلام عليه.

ومعنى هذا: أن التقوم في الثمن شرط صحة، والتقوم في المبيع شرط انعقاد.

❑ وحجتهم:

أن المبيع يقصد لنفسه بالتملك والتمليك، والخمر لا يصح تملكه، فلا يصح أن يكون مبيعًا، وأما كون الخمر أو الخنزير ثمنًا، فالثمن وسيلة وليس مقصودًا بنفسه، ولذلك يجب في الذمة، وما يكون في الذمة لا يكون مقصودًا بنفسه، بل يكون وسيلة إلى المقصود، فينعقد البيع، ويجب على مشتريه القيمة[١].

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥).

قال ابن عابدين: «وحاصله أن المال أعم من المتمول؛ لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنًا، وإنما لم ينعقد أصلا بجعلها مبيعًا؛ لأن الثمن غير مقصود، بل وسيلة إلى المقصود؛ إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن، فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناع...

قال في البحر: ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين، لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن، ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن»[١].

الفائدة الثانية:

لا يشترط وجود الثمن في ملك العاقد عند العقد، ولا القدرة على تسليمه، ولا يبطل العقد بهلاك الثمن.

وقد سبق لنا قول ابن عابدين قبل قليل: «ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن».

وقال السرخسي: «ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد، وإنما يشترط ذلك في المبيع...»[٢].

الفائدة الثالثة:

إذا كان الثمن يثبت في الذمة، وكانت النقود ثمنًا أبدًا، وما يقابلها فهو مبيع، فهل تتعين النقود بالتعيين بحيث لا يمكن استبدالها، ويبطل العقد إذا استحقت

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١، ٥٠٢).

(٢) المبسوط (١٤/ ٢)..

للغير أو تلفت، أو لا تتعين بالتعيين، فيجوز إبدالها، كما لو اشترى شيئًا بدراهم معينة، فله أن يحبسها، ويعطي البائع مثلها، ولا يبطل العقد بتلفها؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم، ولأهميتها سوف أفردها بالبحث إن شاء الله تعالى.



المبحث الرابع
هل تتعين النقود بالتعيين

[م - ١١٩] الدراهم مثلية بالاتفاق، لأن آحادها متساوية، لا فرق فيه بين درهم وآخر، فإذا عينت بالعقد كما لو اشترى سيارة بهذه الدراهم، وقد عينها بالإشارة، فهل تتعين، ويتعلق حق البائع بعين هذه الدراهم، أو أنه يجوز أن يدفع له مثلها.

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

النقود لا تتعين بالتعيين، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ورواية في مذهب الحنابلة[٣].

القول الثاني:

النقود تتعين بالتعيين، وهذا القول هو مذهب الشافعية[٤]، ومذهب الحنابلة[٥].

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٥، ١٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢، ٢٣٦)، البحر الرائق (٦/ ١٣٩)، تبيين الحقائق (٥/ ٥٤).

(٢) الفروق (٣/ ٢٥٥)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٢٧٧)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٦٨).

(٣) القواعد لابن رجب (ص٣٨٣)، المغني (٤/ ٥٠).

(٤) قال النووي في المجموع (٩/ ٤٠٣): «إذا باعه بثمن معين تعين الثمن، وقال أبو حنيفة: لا يتعين، وكذا لو عينا في الإجارة أو الصداق أو الخلع أو غيرها من العقود دراهم أو دنانير تعينت بالتعيين عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا تتعين الدراهم والدنانير في العقود كلها».

(٥) قال ابن رجب في القواعد (ص٣٨٣): «النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا؟ =

القول الثالث:

إن عينها الدافع تعينت، وإن عينها القابض لم تتعين، وهو قول في مذهب المالكية[1].

القول الرابع:

تتعين في الغصب والوديعة دون العقد، وهو رواية عن أحمد[2].

☐ وتظهر فائدة الخلاف في مسائل منها:

لو تلفت تلك الدراهم قبل القبض، فعلى القول بأنها تتعين بالتعيين ينفسخ العقد، وعلى القول بأنها لا تتعين لا ينفسخ.

ومنها: لو أراد أن يمسك تلك ويدفع بدلها، فعلى القول بأنها تتعين ليس له ذلك، وعلى القول بأنها لا تتعين يجوز.

ومنها: لو وجد بتلك الدراهم عيبا وردها، فعلى القول بأنها تتعين بالتعيين ينفسخ العقد، وليس له طلب البدل، وعلى القول بأنها لا تتعين له ذلك.

☐ دليل الحنفية والمالكية على كونها لا تتعين:

الدليل الأول:

(ح-٥٦) ما رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع

= في المسألة عن أحمد روايتان: أشهرهما أنها تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات، حتى إن القاضي في تعليقه أنكر ثبوت الخلاف في ذلك في المذهب، والأكثرون أثبتوه».
وانظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧٨)، المغني (٤/ ٤٩، ٥٠)، الإنصاف (٥/ ٥٠).

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق (٤/ ٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤٣).

بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ، هو يريد أن يدخل بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا، وبينكما شيء**(١).

[اختلف في رفعه ووقفه، ورجح شعبة والدارقطني وقفه](٢).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أجاز استبدال الدراهم بالدنانير، ولم يستفصل الرسول ﷺ، هل يستبدلون ذلك بالدراهم المعينة، أو غير المعينة، فدل على عدم تعيين النقود بالتعيين(٣).

الدليل الثاني:

المقصود من الدراهم والدنانير رواجها لا عينها، وغير المعين يعمل عمل المعين، والمقصود منها المالية، وما وراء ذلك، هي والأحجار سواء، فعلمنا أن التعيين لا يفيد(٤).

ونوقش:

بأن قولكم بأن التعيين لا يفيد غير مسلم، لأن المشتري قد يقصد بالتعيين أن لا يتعلق الثمن بذمته(٥).

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).
(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر حديث (١١٢).
(٣) انظر المبسوط (١٤/ ١٦).
(٤) المرجع السابق.
(٥) المجموع (٩/ ٣٩٨).

الدليل الثالث:

الدارهم بمنزلة المكيال، وصنجة الميزان، المقصود قدرها لا عينها[١].

ونوقش الاستدلال:

بأن المكيال والصنجة ليستا بعوض، وإنما يرادان لمعرفة المقدار، ولا يثبت فيهما الملك بحال[٢].

❑ دليل من قال: النقود تتعين بالتعيين.

الدليل الأول:

إذا تعينت النقود فإن العقد قد وقع على عينها، فتعلق الحكم بها، فلا يجوز استبدالها.

الدليل الثاني:

القياس على السلعة فإنها تتعين بالإجماع، والبيع عوض كالسلعة.

الدليل الثالث:

القياس على الغصب، فإن الدراهم والدنانير تتعين فيه بالإجماع، كذا قال النووي[٣].

ونوقش هذا:

بأن الإجماع لم يثبت، وللغاصب أن يعطي المغصوب من غيرها ما دام من جنسها وقدر وزنها[٤].

---

(١) المرجع السابق، الصفحة نفسها.
(٢) المغني (٤/ ٥٠).
(٣) المجموع (٩/ ٤٠٣).
(٤) انظر الفروق (٣/ ٢٥٧).

الدليل الرابع:

القياس على ما لو أخذ صاعًا من صبرة، فباعه بعينه، فإنه يتعين بالإجماع، ولا يجوز أن يعطي صاعا آخر بدله من تلك الصبرة، مع أنه يعمل عمله[١].

ويجاب:

بأن هناك فرقًا بين السلع وبين النقود، فالنقود وسائل لتحصيل الأغراض من السلع، والمقاصد إنما هي السلع، فالنقود ليست مقصودة لذاتها[٢]، هذا من وجه، ومن وجه آخر: أن السلع يشترط أن تكون مملوكة لبائعها وقت العقد إلا في السلم خاصة، وليست النقود كذلك.

الدليل الخامس:

يلزم على القول بأن النقود لا تتعين بالتعيين، أن من ملك دينارًا لم يملك عينه، ولا جنسه لبطلان القول به، فيلزم أن من ملك دينارا أو غيره من النقود لم يملك شيئًا على هذا القول، أو كيف يصح أن يقال: بأنه يملك الجنس الكلي، وهو ذهني عند مثبتيه[٣].

ونوقش هذا:

بأن الكلام ليس في باب الملكية، وإنما الكلام في باب المعاوضات، هل يتعلق حق الغير بالذمة، أو يتعلق بذات النقود، بحيث لو سلم نقودًا غير التي عقد عليها، هل تبرأ ذمته بذلك، ولو كانت النقود تالفة هل يلزمه بدلها، أو ينفسخ البيع.

---

(١) المجموع (٩/ ٤٠٣).

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/ ١٣٦).

(٣) انظر أنواع البروق في أنواع الفروق (٢/ ١٣٦).

❑ تعليل من قال: إن عينها الدافع تعينت بخلاف القابض.

أن الدافع إذا عينها تعينت؛ لأنه أملك بها، وهو مالكها بخلاف القابض، فهو لا يملكها إلا بالقبض.

❑ تعليل من فرق بين باب الغصب والوديعة وباب المعاوضات.

أن الرد في المغصوب والوديعة متعلق في عين الشيء لأنه ليس فيه ثمن ومثمن، ولذلك لو تلفت الوديعة بدون تعد ولا تفريط لم يضمن المودع، وأما الغاصب فإنه يضمن مطلقًا؛ لأنه متعد، فهو كما لو تعدى، أو فرط المودع، بخلاف باب المعاوضة فالحق متعلق في الذمة.

❑ الراجح:

أرى أن القول الراجح هو القول بأن النقود لا تتعين بالتعين لقوة أدلته، وضعف الأقوال الأخرى، والله أعلم.



الفصل الثاني
في شروط المعقود عليه (المبيع والثمن)

الشرط الأول
في طهارة المعقود عليه

[م - ١٢٠] هل يشترط أن يكون كل من الثمن والمبيع طاهرين، أو تجوز المعاوضة على الأعيان النجسة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

إذا جرى العمل بالانتفاع بالنجس، وتموله في غير الأكل جاز بيعه، ومثله الزيت الطاهر تقع فيه نجاسة، فتنجسه، ويكون الزيت هو الغالب فيجوز بيعه مع بيان عيبه، والانتفاع به في غير الأكل. وهذا القول هو مذهب الحنفية[1].

---

(١) يمكن لنا أن نقسم النجس الجائز بيعه على مذهب الحنفية إلى قسمين:
الأول: ما كان نجس العين، وجرى العمل على الانتفاع به، فهذا يجوز بيعه. جاء في تبيين الحقائق (٦/ ٢٦): «كره بيع العذرة لا السرقين، وقال الشافعي ﷺ: لا يجوز بيع السرقين أيضًا؛ لأنه نجس العين... ولنا: أن المسلمين تمولوا السرقين، وانتفعوا به في سائر البلدان والأعصار من غير نكير، فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة؛ لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها».
فهنا نص على أنهم حكموا عادة الناس بالانتفاع والتمول، ولم ينظروا إلى طهارة العين.
وانظر حاشية الشلبي (٤/ ٥١)، البحر الرائق (٨/ ٢٢٦).
فإن كان النجس لم يجر الانتفاع به، لم يجز بيعه، قال في الهداية (٣/ ٤٥): «ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأنه نجس العين...». وقال نحوه في تبيين الحقائق (٤/ ٥٠). =

واختيار ابن قاسم من المالكية(١)، وقول في مذهب الحنابلة(٢)، واختيار ابن حزم(٣).

القول الثاني:

نجس العين لا يجوز بيعه، وكذا ما لا يمكن تطهيره من المتنجس، وهو مذهب الجمهور، والمشهور من مذهب الحنابلة(٤).

= **الثاني**: ما كانت نجاسته عن مجاورة كالدهن والثوب النجس، فهذا يجوز بيعه والانتفاع به في غير الأكل، بشرط أن يكون الزيت متنجسًا لا نجسًا، وأن يكون الزيت الطاهر هو الغالب.
انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٣).

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد (٤/ ١٤٤): «وجميع العلماء على تحريم بيع الدم والخمر، وفي ذلك أيضًا دليل على تحريم بيع العذرات، وسائر النجاسات، وما لا يحل أكله، ولهذا - والله أعلم - كره مالك بيع زبل الدواب.
ورخص فيه ابن القاسم؛ لما فيه من المنفعة، والقياس ما قاله مالك...».

(٢) جاء في الفروع (١/ ٨): «قال مهنا: سألت أحمد عن السلف في البعر، والسرجين، قال: لا بأس، وأطلق ابن رزين في بيع نجاسةٍ قولين». وانظر الإنصاف (١/ ٨٩، ٩٠).
وفي الإنصاف أيضًا (٤/ ٢٨٠): «ولا يجوز بيع السرجين النجس، هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وخُرِّج قول بصحة بيعه من الدهن النجس.
قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن السلم في البعر والسرجين؟ فقال: لا بأس.
وأطلق ابن رزين في بيع النجاسة وجهين. وأطلق أبو الخطاب جواز بيع جلد الميتة، قال في الفروع: فيتوجه منه بيع نجاسة يجوز الانتفاع بها، ولا فرق، ولا إجماع». اهـ

(٣) قال ابن حزم في المحلى في مسألة (١٥٤٦): «وبيع العذرة، والزبل للتزبيل، وبيع البول للصباغ جائز»..

(٤) منع المالكية على المشهور بيع نجس الذات (العين) وما لا يمكن تطهيره من النجاسات كالزيت المتنجس، وأما إذا كانت نجاسته عرضية (طارئة يمكن إزالتها)، فلا خلاف عندهم في جواز بيعه. انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٥٨).
وجاء في الشرح الكبير (٣/ ١٠): «وشرط لصحة بيع المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا =

وسبب الخلاف اختلافهم في علة المنع من بيع الميتة، بعد اتفاقهم على عدم

= طهارة. . . أي أصلية باقية، أو عرض لها نجاسة يمكن إزالتها كالثوب إذا تنجس. . . ولا يصح بيع ما نجاسته أصلية، أو لا يمكن طهارته كزبل. . .».

وجاء في الفواكه الدواني (١/ ٣٨٧): «وكذا لا يباع جلد الميتة؛ لأنه يشترط في صحة البيع عندنا طهارة المعقود عليه ثمنًا، أو مثمنًا، وكما لا يجوز بيعه لا تجوز إجارته. . .».

وانظر التمهيد (٤/ ١٤٤).

وفي مذهب الشافعية، قال الشيرازي في المهذب المطبوع مع المجموع (٩/ ٢٦٩): الأعيان ضربان: نجس، وطاهر، فأما النجس، فعلى ضربين: نجس في نفسه، ونجس بملاقاة النجاسة، فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه، وذلك مثل الكلب. . . . أما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة، فينظر فيها، فإن كان جامدًا كالثوب وغيره جاز بيعه؛ لأن البيع يتناول الثوب، وهو طاهر، وإنما جاورته النجاسة، وإن كان مائعًا نظرت: فإن كان مما لا يطهر، كالخل والدبس - لم يجز بيعه؛ لأنه نجس، لا يمكن تطهيره من النجاسة، فلم يجز بيعه، كالأعيان النجسة، وإن كان ماء، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز بيعه؛ لأنه نجس لا يطهر بالغسل، فلم يجز بيعه كالخمر.

والثاني: يجوز بيعه؛ لأنه يطهر بالماء، فأشبه الثوب. فإن كان دهنًا فهل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يطهر؛ لأنه لا يمكن عصره من النجاسة، فلم يطهر كالخل.

والثاني: يطهر؛ لأنه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب.

فإن قلنا: لا يطهر لم يجز بيعه كالخل، وإن قلنا: يطهر، ففي بيعه وجهان، كالماء النجس، ويجوز استعماله في السراج، والأولى أن لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة.

وفي حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٧): «وللمبيع شروط خمسة: أحدها: طهارة عينه، فلا يصح بيع الكلب والخمر. . . . والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره؛ لأنه في معنى نجس العين».

وانظر نهاية المحتاج (٣/ ٣٩٢)، وانظر أسنى المطالب (٢/ ٨).

وفي مذهب الحنابلة علل ابن قدامة المنع من بيع السرجين بأنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة، انظر المغني (٤/ ١٧٤)، وكذلك انظر الفروع (١/ ٨)، والإنصاف (١/ ٨٩، ٩٠)، (٤/ ٢٨٠) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨، ٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٦).

جواز بيعها، فقد ثبت النهي عن بيع الميتة في حديث جابر المتفق عليه[١]، فهل العلة كونها نجسة؟ وبالتالي ينسحب الحكم على كل نجس من جماد، وحيوان، أو العلة، كونها ليست مالًا؛ لكون المنفعة فيها منتفية، فإن الميتة يحرم أكلها، وهو المنفعة المقصودة منها.

ولذلك لما قال رسول الله ﷺ في جلد الميتة: **ألا انتفعتم بإهابها**، قالوا: إنها ميتة، قال ﷺ: **إنما حرم أكلها**. متفق عليه[٢].

كما اختلفوا بتفسير قوله ﷺ: «**إن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه**» رواه أحمد وغيره بإسناد صحيح[٣].

فأخذ بعضهم بظاهره، ورأى أن النجاسة يحرم أكلها، فيحرم أكل ثمنها.

وخالف في ذلك بعضهم:

قال ابن عبد البر: «إنما هو كلام خرج على شحوم الميتة التي حرم أكلها، ولم يبح الانتفاع بشيء منها، وكذلك الخمر، والمعنى في ذلك: أن الله تعالى إذا حرم أكل شيء، ولم يبح الانتفاع به، حرم ثمنه، وأما ما أباح الانتفاع به فليس مما عني بقوله: إن الله إذا حرم أكل شيء حرم عليهم ثمنه، بدليل إجماعهم على بيع الهر، والسباع، والفهود المتخذة للصيد، والحمر الأهلية، قالوا: وكل ما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه»[٤].

---

(١) البخاري (٢٢٣٦)، ومسلم (١٥٨١).

(٢) صحيح البخاري (١٤٩٢) ومسلم (٣٦٣).

(٣) رواه أحمد (١/ ٢٤٧، ٢٩٣، ٣٢٢)، وابن أبي شيبة (٤/ ٣٠٠) رقم: ٢٠٣٨١، وأبو داود (٣٤٨٨)، وابن حبان (٤٩٣٨)، والبخاري في التاريخ الكبير (٢/ ١٤٧)، والطبراني في الكبير (١٢٨٨٧)، والدارقطني في السنن (٣/ ٧)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٣) من طريق خالد الحذاء، عن بركة أبي الوليد، عن ابن عباس، وسنده صحيح.

(٤) التمهيد (٩/ ٤٦).

وقال الباجي: «ما لا يجوز أكله مما معظم منفعته الأكل، لا يجوز أكل ثمنه، فلا يجوز أكل ثمن الخمر، ولا ثمن الخنزير، ولا الميتة، وما جرى مجرى ذلك، وأما ما له منفعة فإنه يجوز أكل ثمنه وإن لم يجز أكله كالعبيد والإماء، والله أعلم وأحكم»(١).

☐ دليل من قال: يجوز بيع النجس إذا جرى الانتفاع به.

الدليل الأول:

لم يرد نص صريح في النهي عن بيع النجس، والرسول ﷺ أعطي جوامع الكلم، لو كان بيع النجس لا يجوز لجاء النص الصريح في عدم جواز بيع النجس، والنهي عن بيع الميتة لا يلزم منه النهي عن بيع كل شيء نجس، بل يؤخذ من النهي عن بيع الميتة: النهي عن بيع ما لا نفع فيه، فإن الميتة المقصود منها أكلها، وهو حرام، فتبقى لا منفعة فيها.

ونوقش هذا:

بأننا لا نسلم أن الميتة لا نفع فيها فيما عدا الأكل، فهذا شحم الميتة يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح الناس بها، ومع ذلك لم يأذن الرسول ﷺ في بيعها مع قيام هذه المنافع بين الناس.

وسيأتي إن شاء الله تعالى مناقشة حديث جابر أثناء ذكر أدلة الجمهور.

الدليل الثاني:

المسلمون ما زالوا ينتفعون في السرجين، ويتمولونه، وهذا دليل على جواز

---

(١) المنتقى (٧/ ٢٤٦).

بيعه، وإذا جاز بيع السرجين، وهو نجس العين، جاز بيع كل ما هو نجس مما جرى الانتفاع به، وتموله.

قال ابن نجيم: «كره بيع العذرة إلا السرقين؛ لأن المسلمين يتمولون السرقين، وانتفعوا به في سائر البلاد والأمصار من غير نكير، فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع، بخلاف العذرة؛ لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها...»[(١)].

ويناقش:

بأن هناك فرقًا بين حل الانتفاع، وبين جواز البيع، فباب الانتفاع أوسع من باب البيع.

يقول ابن القيم: «وينبغي أن يعلم أن باب الانتفاع أوسع من باب البيع، فليس كل ما حرم بيعه، حرم الانتفاع به، بل لا تلازم بينهما، فلا يؤخذ تحريم الانتفاع من تحريم البيع»[(٢)].

وقد يباح الانتفاع بعين ما، ولا يجوز بيعها كالكلب على الصحيح، وسيأتي إن شاء الله كلام أهل العلم في حكم بيعه.

هذه من جهة، ومن جهة أخرى لا نسلم بنجاسة السرجين مطلقًا، والناس كانوا ينتفعون بسرجين الدواب الطاهرة، مثل بهيمة الأنعام، وهذا لا حرج فيه.

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٢٢٦).

(٢) سيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب موانع البيع، حكم بيع الميتة، وحكم بيع شعرها، وجلدها، وعظمها، وقرنها، وحكم بيع الكلب والخنزير، والميتة والدم وغيرها، فانظره هناك مشكورًا.

❑ دليل من قال: لا يجوز بيع النجس.

الدليل الأول:

الأدلة الصحيحة على تحريم بيع الميتة، والخنزير.

(ح-٥٧) فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما من طريق الليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح، وهو بمكة: **إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام.** فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة؛ فإنها يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: **لا هو حرام،** ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: **قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها، جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه**[(١)].

وجه الاستدلال:

لما بلغ الرسول ﷺ النهي عن بيع الميتة، قال رجل: أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود. . . الخ أي فهل يحل بيعها لما ذكر من المنافع؛ فإنها مقتضية لصحة البيع، فقال ﷺ: **لا هو حرام،** أي البيع.

قال النووي: «والضمير في «هو» يعود إلى البيع، لا إلى الانتفاع، هذا هو الصحيح عند الشافعي وأصحابه، أنه يجوز الانتفاع بشحم الميتة في طلي السفن والاستصباح بها، وغير ذلك مما ليس بأكل، ولا في بدن الآدمي، وبهذا قال أيضًا عطاء بن أبي رباح، ومحمد بن جرير الطبري»[(٢)].

---

(١) البخاري (٢٢٣٦)، ومسلم (١٥٨١).

(٢) شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ٦).

ورجح ذلك ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى[(١)].

وقوله ﷺ: **قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحوم الميتة جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه** مشعر بأن النهي عن البيع، لأن من نهي عن أكل شيء، ثم باعه، فأكل ثمنه كأنه أكل ما نهي عنه، مثله في ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا﴾ [النساء: ١٠]، يدخل فيه ما لو باعه الرجل الرجل، فأكل ثمنه.

فيكون قوله: لا هو حرام، أي لا تبيعوا الميتة، فتأكلوا ثمنها، كما باع اليهود شحوم الميتة، فإنكم في هذا بمنزلة من أكل الميتة.

واستدل الخطابي على جواز الانتفاع بإجماعهم على أن من ماتت له دابة ساغ له إطعامها لكلاب الصيد، فكذلك يسوغ دهن السفينة بشحم الميتة، ولا فرق[(٢)].

ويدل على جواز الانتفاع أيضًا ما رواه الشيخان من حديث ابن عباس في شاة ميمونة، بلفظ: «**هلا انتفعتم بإهابها**، قالوا: إنها ميتة، فقال: **إنما حرم أكلها**»[(٣)].

فهذا مشعر بحل الانتفاع بما عدا الأكل.

وأجاب الحنفية وغيرهم:

بأن قوله ﷺ: **لا هو حرام**: أي الانتفاع، فقال: يحرم الانتفاع بها، قال

(١) انظر زاد المعاد (٥/ ٧٤٩).

(٢) انظر فتح الباري (٤/ ٤٢٥).

(٣) البخاري (١٤٢١)، ومسلم (٣٦٣).

ابن حجر: «وهو قول أكثر العلماء، فلا ينتفع من الميتة أصلًا عندهم إلا ما خص بالدليل، وهو الجلد المدبوغ»[١].

ونسب القول إلى الجمهور النووي في شرحه لصحيح مسلم[٢].

واستدلوا على هذا بأدلة منها:

أولًا: إباحة الانتفاع بهذه الأشياء ذريعة إلى اقتناء الشحوم وبيعها.

(ح-٥٨) **ثانيًا:** ما رواه أحمد، عن عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة، قال: سئل النبي ﷺ عن الفأرة تقع في السمن، فقال: **إن كان جامدًا، فألقوها وما حولها، وإن كان مائعًا فلا تقربوه**[٣].

وجه الاستدلال:

أن إباحة الانتفاع به في الاستصباح وغيره قربان له، والرسول ﷺ قد نهى عن قربان الدهن المتنجس، فما بالك بالدهن النجس.

ونوقش هذا:

بأن الحديث قد أخطأ فيه معمر في إسناده ومتنه، والمحفوظ منه: «**ألقوها وما حولها، وكلوه**»[٤].

---

(١) فتح الباري (٤/ ٤٢٥).

(٢) شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ٦).

(٣) المسند (٢/ ٢٦٥).

(٤) وقد سبق لي تخريجه والكلام عليه في كتابي موسوعة أحكام الطهارة رقم (٩٦) من كتاب المياه والآنية، فارجع إليه إن شئت غير مأمور.

الدليل الثاني:

نقل ابن المنذر الإجماع على تحريم بيع الخمر، والميتة، والدم[١]، وحكى ابن حجر الإجماع على تحريم بيع الخنزير[٢].

ونوقش:

بأن العلة في بيع الخمر ليست النجاسة، وقد ذكرنا خلاف العلماء في نجاسة الخمر، وذكرت أن القول بالنجاسة قول العامة، والصواب طهارته، وهو ما رجحه شيخنا محمد بن عثيمين عليه رحمة الله، وقد حررت خلاف أهل العلم في نجاسة عينه فيما سبق[٣].

كما أن الخنزير مختلف في نجاسته حال الحياة، وقد ذكرت خلاف العلماء في ذلك[٤]، وعلى القول بنجاسته، وهو الراجح، لا يسلم أن العلة في المنع من بيعه هو النجاسة، فقد تكون العلة عدم المالية، فإنه لا يشتمل على منفعة مباحة، ومع ذلك فالحنابلة يرون أن ما كان فوق الهرة في الخلقة مما لا يحل أكله نجس العين، ومع ذلك يجيزون بيعه، وذلك نحو سباع البهائم، والطير التي تصلح للصيد، وكذلك يجوز بيع القرد، والحمار، والبغل، ونحوها مع كونها نجسة عندهم، وهذا ضرب من التناقض.

---

(١) قال ابن المنذر في كتابه الإجماع (ص٩٠): «أجمع أهل العلم على أنه لا يجوز بيع الخنزير، ولا الميتة، ولا الدم».

(٢) قال في فتح الباري (٤/ ٤٢٦): «وأجمعوا على تحريم بيع الميتة، والخمر، والخنزير...».

(٣) انظر كتابي موسوعة أحكام الطهارة، المجلد الثالث عشر، أحكام النجاسة.

(٤) انظر المرجع السابق.

الدليل الثالث:

(ح - ٥٩) ما رواه البخاري في صحيحه من طريق شعبة عن عون بن أبي جحيفة، قال: رأيت أبي اشترى عبدًا حجامًا، فأمر بمحاجمه، فكسرت، فسألته، فقال: **نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب، وعن ثمن الدم**... الحديث[١].

وجه الاستدلال:

نص الحديث: النهي عن بيع الدم، قال ابن حجر: وهو حرام إجماعًا، يعني بيع الدم، وأخذ ثمنه[٢].

قال ابن عبد البر: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الدم، وهذا حديث صحيح، وظاهره عندي على غير ما تأوله أبو جحيفة، بدليل ما في حديث أنس هذا؛ لأن نهيه ﷺ عن ثمن الدم ليس من أجرة الحجام في شيء، وإنما هو كنهيه عن ثمن الكلب، وثمن الخمر، والخنزير، وثمن الميتة، ونحو ذلك، ولما لم يكن نهيه عن ثمن الكلب تحريمًا لصيده، كذلك ليس تحريم الدم تحريمًا لأجرة الحجام؛ لأنه إنما أخذ أجرة تعبه وعمله»[٣].

وسيأتي بحث كسب الحجام إن شاء الله تعالى في بحث مستقل.

ويناقش:

بأن النهي عن ثمن الدم ليس لعلة النجاسة، وإن كان الأئمة الأربعة على نجاسة الدم، وإنما النهي عن ثمن الدم كالنهي عن ثمن ضراب الفحل.

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٣٨).

(٢) فتح الباري (٤/ ٤٢٧).

(٣) التمهيد (٢/ ٢٢٤).

الدليل الرابع:

(ح-٦٠) ما رواه البخاري ومسلم من طريق ابن شهاب، عن أبي بكر ابن عبد الرحمن عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه، **أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن**(١).

ونوقش هذا:

بأن العلماء قد اختلفوا في نجاسة الكلب، وقد حررت كلامهم في كتابي أحكام الطهارة (أحكام النجاسات) وعلى القول بأنه نجس، وهو الصحيح، فإن العلة في المنع من بيعه مختلف فيها، فيرى بعض أهل العلم أن العلة النجاسة، ويرى آخرون أن العلة النهي عن اتخاذه، والأمر بقتله، ولا يمنع الإنسان من اقتناء السرجين النجس، فدل على وجود الفرق، وسيأتي إن شاء الله تعالى في بحث مستقل حكم بيع الكلب، وذكر أدلة الفريقين، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

❑ الراجح:

الخلاف في المسألة قوي، ولكل قول وجهة، فإن قلنا: يجوز بيع النجس إذا كان مشتملًا على منفعة، فما بال الميتة منع الشارع من بيعها مع وجود بعض المنافع، وإذا كان النهي عن الانتفاع بالميتة لكونها نجسة، فالناس ما زالوا ينتفعون بالأشياء النجسة كالكلاب، وسباع البهائم، والطير الصالحة للصيد، والذي أميل إليه: أن النجس الذي لا يمكن تطهيره إذا كان فيه منفعة، والناس محتاجون إليه، ولم يكن منهيًا عن بيعه بخصوصه، كالكلب، والميتة، فإنه لا حرج في بيعها؛ لأن المنفعة مال، ولأن الأعيان النجسة تملك، والملك سبب لإطلاق التصرف، والمنفعة المباحة يباح استيفاؤها، فيجوز أخذ العوض

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٣٧)، وصحيح مسلم (١٥٦٧).

عليها، وأما ما نص على النهي عن بيعه من النجاسات، فلا يجوز بيعه، ولو كان مشتملًا على منفعة، هذا أحسن ما رأيت أن أذهب إليه، احترامًا للنص الشرعي، ولعدم التناقض، قال الشوكاني: «بيع تلك الأعيان المنصوص عليها في الأحاديث حرام باطل، ومن جادل في ذلك، وألزم بإلزامات مذهبية فهو منتصب للرد على رسول الله ﷺ، وما لنا ولكون فلان لم يعمل بكذا، أو ترك العمل بكذا فلزمه كذا، فإن هذه المباحثة بالجهل أشبه منها بالعلم، واستعمال القواعد الجدلية عند الكلام على الأدلة الشرعية من التلاعب الذي لا يرضاه متدين، وإذا جاء نهر الله بطل نهر معقل...»(١).

وأما المتنجس الذي يمكن تطهيره فهذا لا حرج في بيعه، وذلك مثل جلد الميتة إذا دبغ، فإنه بمنزلة الثوب تلحقه النجاسة، فيغسل، فيكون طاهرًا، وقد حررت الخلاف في طهارة جلد الميتة بالدباغ(٢) ورجحت طهارته.

وإذا علم ذلك فإن تطبيقات هذا الشرط (أعني اشتراط طهارة المعقود عليه) يدخل فيه مسائل كثيرة، ، منها حكم بيع الكلب، وبيع الميتة، وبيع الدم، وبيع السرجين، وبيع سباع البهائم والطير التي تصلح للصيد، وغيرها من المباحث، والتي سوف نناقشها إن شاء الله تعالى في فصل موانع البيع.



(١) السيل الجرار (٣/ ٣٦).

(٢) انظر كتابي: موسوعة أحكام الطهارة، المجلد الأول، باب الآنية.

فرع
الصابون من الزيت النجس

[م -١٢١] الزيت المتنجس إذا تحول إلى صابون فقد استحال إلى عين أخرى، فهل يحكم له بالطهارة؟

الجواب على ذلك ينبني على سؤال آخر، وهو هل تطهر النجاسة باستحالتها إلى عين طاهرة؟

وهي مسألة خلافية: فالعلماء مجمعون على أن الطعام الطيب إذا تحول إلى عذرة من بني آدم أصبح نجسًا، ولا ينظر إلى أصله، وأما إذا تحولت العين الخبيثة إلى عين طاهرة، هل تتحول إلى الطهارة؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين بعد اتفاقهم على طهارة الخمرة إذا انقلبت إلى خل بنفسها، وهذا بناء على القول بنجاسة الخمرة.

القول الأول:

إن الاستحالة مطهرة، وهو مذهب الحنفية(١)، ومذهب المالكية(٢)، واختيار ابن حزم(٣)، ورجحه ابن تيمية(٤).

القول الثاني:

لا تأثير للاستحالة، وهو مذهب الشافعية(٥)، والحنابلة(٦).

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٣١٣)، بدائع الصنائع (١/ ٦٢)،
(٢) مواهب الجليل (١/ ٩٧).
(٣) المحلى (٦/ ١٠١).
(٤) الفتاوى الكبرى (١/ ٤٤١).
(٥) المجموع (٢/ ٥٩٢)، تحفة المحتاج (١/ ٣٠٣)، نهاية المحتاج (١/ ٢٤٧).
(٦) المغني (١/ ٦٥)، الإنصاف (١/ ٣١٨).

وقد ذكرنا أدلة الأقوال، ومناقشتها، وبيان الراجح في كتابي موسوعة أحكام الطهارة، فانظره مشكورًا[١].



(١) انظر المجلد (١٣/ ٥٩٣).

الشرط الثاني
اشتمال المعقود عليه على منفعة مباحة

[م -١٢٢] يجب أن يكون المعقود عليه مشتملًا على منفعة مباحة مطلقًا.

لأن بذل المال في مقابلة ما لا منفعة فيه يعتبر من إضاعة المال، وقد نهينا عن إضاعة المال.

(ح-٦١) ما رواه الشيخان من طريق الشعبي، عن كاتب المغيرة عن المغيرة قال: **إن الله كره لكم قيل وقال: وإضاعة المال، وكثرة السؤال**[(١)].

كما أن أخذ المال في مقابل ما لا منفعة فيه يعتبر من أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

ويكفي أصل المنفعة وإن قَلَّت قيمتها، كما في التراب والماء، ولا يقدح في المنفعة إمكانية تحصيلها بلا مؤنة أو تعب[(٢)].

جاء في مواهب الجليل «إذا تقرر اشتراط المنفعة فيكفي مجرد وجودها وإن قلت، ولا يشترط كثرة القيمة فيها، ولا عزة الوجود بل يصح بيع الماء،

---

(١) البخاري (٢٤٠٨)، ومسلم (٥٩٣).

(٢) يسمي الحنفية هذا الشرط بقوله: يجب أن يكون المعقود عليه مالًا متقومًا، أي ذا قيمة، لأنهم يقسمون المال إلى متقوم، وغير متقوم، ويسمي الجمهور هذا الشرط بأن يكون مشتملًا على منفعة مباحة.

انظر المادة (١٩٩، ٢١٠، ٢١١) من مجلة الأحكام العدلية، المبسوط (١٢/ ١٩٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٤)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٥)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٦٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٢٢)، عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٦٢٠، ٦٢١)، معالم القربة في معالم الحسبة (ص٥٦)، قواطع الأدلة للسمعاني (٥/ ٢٧٢)، المجموع (٩/ ٢٧٠)، كشاف القناع (٣/ ١٥٢).

والتراب، والحجارة؛ لتحقيق المنفعة...»[١].

كما ينظر في المنفعة استحقاقها في المآل، ولا يشترط وجودها في الحال، كما لو اشترى جحشًا صغيرًا جدًا للركوب عليه، أو اشترى أرضًا سبخة ليعالجها، ثم يزرعها، إلا في الحبوب والثمار فيشترط بدو صلاحهما، وسيأتي الكلام عليهما في باب مستقل إن شاء الله تعالى[٢].

ويستثنى من ذلك الآدمي الحر، فإنه وإن كان مشتملًا على منفعة، فلا يجوز بيعه.

(ح-٦٢) لما روى البخاري من طريق إسماعيل بن أمية، عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: **ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا، فاستوفى منه، ولم يُعْطِ أجره**[٣].

كما استثنى الجمهور بيع أم الولد كذلك[٤].

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٦٥).
(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ١٣٩).
(٣) صحيح البخاري (٢٢٢٧).
(٤) ذهب جماهير أهل العلم إلى أن أم الولد لا يجوز بيعها، وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، واختيار ابن حزم.
انظر أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٦٦)، المبسوط (٧/ ١٤٩)، الفصول في الأصول (٣/ ٣٠٩)، المنتقى للباجي (٦/ ٢٢)، الشرح الصغير (٤/ ٥٦٥)، المجموع (٩/ ٢٩٠)، مطالب أولي النهى (٤/ ٧٧٠)، المحلى (٧/ ٥٠٥، ٥٠٦).
وقيل: إن للشافعي قولًا قديمًا بجواز بيعهن.
انظر المجموع (٩/ ٢٩٠)، وكونه لا يوجد في عصرنا أمهات الأولاد فلا أرى الاشتغال بهذه المسألة، والإطالة فيها.

واختلفوا في بيع المدبر(١).

ويمكن تقسيم الأشياء بالنسبة إلى المنفعة إلى أقسام:

القسم الأول: ما لا منفعة فيه أصلًا إما لقلته كالحبة من الحنطة، أو لخسته كحشرات الأرض من الخنافس ونحوها، فلا يجوز بيعه.

القسم الثاني: ما كان جميع منافعه محرمة، وهذا في الحكم بمنزلة ما لا منفعة فيه؛ لأن المنفعة المحرمة وجودها كعدمها.

---

(١) قيل: لا يجوز بيع المدبر مطلقًا، وهو مذهب الحنفية، ورواية عن مالك.
انظر البحر الرائق (٤/ ٢٨٧)، المبسوط (٧/ ١٧٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٧٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٦).
وجاء في التفريع لابن الجلاب (٢/ ١٠): «ومن باع مدبره فسخ بيعه..». وانظر المفهم للقرطبي (٤/ ٣٥٨).
وقيل: يجوز بيع المدبر مطلقًا، وهو مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة، واختيار ابن حزم.
قال النووي في المجموع: «مذهبنا جواز بيع المدبر، سواء كان محتاجًا إلى ثمنه أم لا، وسواء كان على سيده دين أم لا، وسواء كان التدبير مطلقًا أو مقيدًا، هذا مذهبنا».
انظر الوسيط (٣/ ٤٦٨)، المهذب (١/ ٢٦١).
وجاء في الإنصاف (٧/ ٤٣٨): «وله بيع المدبر وهبته، هذا المذهب مطلقًا بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب...». شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥٩٥)، كشاف القناع (٤/ ٥٣٥).
وقيل: لا يجوز بيعه إلا في دين سابق على التدبير في حياة سيده، وليس عنده ما يجعله في الدين، وأما الدين المتأخر عن التدبير فلا يباع فيه المدبر في حياة سيده، ويباع فيه بعد موته. وهذا مذهب المالكية. حاشية العدوي (٢/ ٢٩٩)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٦)،
وقيل: يجوز بيعه إن احتاج إلى ذلك صاحبه، وهو رواية عن أحمد.
وقد فضلت عدم الإطالة في هذه المسألة؛ لعدم جدواها في العصر الحاضر؛ لعدم وجود الرق في أسواق المسلمين اليوم، لذلك ذكرتها في الحاشية، وإنما اقتضى الإشارة إلى ذلك حين تأصيل مسألة اشتراط وجود المنفعة في المعقود عليه.

القسم الثالث: ما فيه منافع محللة، ومنافع محرمة، وهذا القسم هو الذي يكثر فيه الخلاف، ويمكن تقسيمه إلى أقسام:

(أ) أن يكون جل منافعه، والمقصود منها محرمًا، والحلال منها تبعًا، فهذا يلحق بالقسم المنهي عن بيعه، ولذلك قال تعالى عن الخمر ﴿قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

(ب) أن يكون جل المنافع والمقصود منها حلالًا، والمحرم تبعًا، فيلحق بالقسم الجائز بيعه، كما في بعض البيوع التي فيها غرر يسير، أو غير مقصود.

(ج) أن يكون فيه منافع مقصودة حلال، وفيه منافع مقصودة حرام، فهذا قد يختلف الحكم بحسب الغرض الذي عقد لأجله البيع، كجهاز التلفاز، والسلاح، والعنب، فإن من اشترى التلفاز ليرى فيه ما حرم الله، أو اشترى السلاح لغرض القتل المحرم، أو اشترى العنب بقصد عصره خمرًا حرم البيع في كل ذلك، وإن اشتراه لغرض منافعه المباحة كان ذلك مباحًا، والله أعلم(١).

إذا علم هذا، فإن تطبيقات اشتراط أن يكون في المعقود عليه منفعة مباحة يدخل فيه مسائل كثيرة سوف نتعرض لها بالبحث، وما لم يذكر منها يكون إن شاء الله تعالى مقيسًا عليها، من ذلك: بيع المصحف، والهر، والقرد، والفيل، وسباع البهائم والطير، والحشرات، ولبن الآدميات، والسم، وبيع الدمى (لعب الأطفال المجسمة).



---

(١) انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣)، الوسيط (٣/ ٢٠).

المبحث الأول
في بيع المصحف وشرائه

[م-١٢٣] اختلف العلماء في بيع المصحف، فذهب الأئمة الأربعة إلى جواز الشراء، واختلفوا في البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز بيع المصحف، وهو مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، ورواية عن أحمد(٣)، واختيار ابن حزم(٤).

القول الثاني:

يكره البيع دون الشراء، وهذا مذهب الشافعي(٥)، ورواية عن أحمد(٦).

القول الثالث:

لا يجوز بيعه، وهو المشهور من مذهب الحنابلة(٧).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٥٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥).
(٢) مواهب الجليل (٥/ ٤٢٣)، الذخيرة (٥/ ٤٠٠).
(٣) تصحيح الفروع (٤/ ١٥).
(٤) المحلى (٧/ ٢٠).
(٥) جاء في المجموع (٩/ ٣٠٢): «الصحيح من المذهب أن بيعه مكروه، وهو نص الشافعي في كتاب اختلاف علي وابن مسعود، وبه قطع البيهقي في كتابه السنن الكبير، ومعرفة السنن والآثار، والصيمري في كتابه الإيضاح، وصاحب البيان، فقال: يكره بيعه، قال: وقيل: يكره البيع دون الشراء، هذا تفصيل مذهبنا..».
وانظر نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٩)، أسنى المطالب (٢/ ٤١، ٤٢).
(٦) الإنصاف (٤/ ٢٧٨).
(٧) الإنصاف (٤/ ٢٧٨)، كشاف القناع (٣/ ١٥٥).

□ دليل من قال: لا يجوز البيع:

الدليل الأول:

(ث-٩) ما رواه ابن أبي شيبة[١]، وعبد الرزاق[٢] من طريقين عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، قال: **وددت أني رأيت الأيدي تقطع في بيع المصاحف**.

[صحيح][٣].

الدليل الثاني:

(ث-١٠) ما رواه عبد الرزاق[٤]، وسعيد بن منصور في سننه[٥]، ومن طريقه البيهقي[٦]، من طريق سعيد بن إياس الجريري عن عبد الله بن شقيق قال: **كان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون بيع المصاحف، وتعليم الغلمان بالأجر، ويعظمون ذلك.**

[إسناده صحيح].

ولأنه يجب صون القرآن من أن يكون في معنى السلع المبتذلة بالبيع.

□ دليل من قال: يجوز البيع.

الدليل الأول:

الأصل في البيع الحل، وقد قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

---

(١) المصنف (٤/ ٢٨٧) رقم: ٢٠٢٠٩ .

(٢) المصنف (١٤٥٢٥).

(٣) كما رواه من طريق سعيد بن جبير البيهقي في السنن (٦/ ١٦).

(٤) المصنف (١٤٥٣٤).

(٥) سنن سعيد بن منصور (١٠٤).

(٦) السنن (٦/ ١٦).

الدليل الثاني:

ولأنه بيع مشتمل على منفعة، بل هي أعظم منفعة على الإطلاق، فصح بيعه.

الدليل الثالث:

ولأن في بيعه سببًا في نشره، وفي نشره انتشارًا للعلم وهو مقصد شرعي مطلوب، وإذا كان مصحوبًا بنية صالحة كان من العبادات.

الدليل الرابع:

ذكر بعضهم أن البيع يقع على الجلد، والورق، وبيع ذلك مباح[(١)].

والصحيح أن البيع يقع على الجميع: الكتاب والمكتوب، ولو جرد الكتاب من المكتوب لذهب أكثر سعره، ولقلت الرغبة فيه، ولو قيل: إن البيع للورق وعمل الأيدي لكان أوجه، كما قال الشعبي رَحِمَهُ اللَّهُ[(٢)]، ولكن يشكل عليه أن من يبيع القرآن قد لا يكون له فيه أي عمل، كحال محلات بيع الكتب اليوم.

❑ ويجاب عن قولهم: بأن في البيع امتهانًا وابتذالًا له:

لو كان في بيع القرآن امتهان وابتذال، لكره بيع كتب العلوم الشرعية، كالحديث، والفقه، والتفسير، ونحوها، وقد اشتغل في البيع والشراء الأنبياء والرسل صلوات الله وسلامه عليهم.

ولو منع الناس من بيعه لأدى ذلك إلى ندرة المصاحف في أيدي الناس، حيث يكلف اليوم طباعة المصحف المبالغ الطائلة.

---

(١) المغني (٤/ ١٧٨).

(٢) روى ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٢٨٨) حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود، عن الشعبي أنه قال: ليسوا يبيعون كتاب الله، إنما يبيعون الورق وعمل أيديهم.
ورواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٥٢٧) من طريق الثوري، عن داود به، وسنده صحيح.

❑ دليل من فرق بين البيع والشراء:

الدليل الأول:

(ث -١١) ما رواه ابن أبي شيبة من طريق ابن جريج، عن أبي الزبير عن جابر أنه قال: **اشترها، ولا تبعها**[١].

صحيح، وإسناده حسن إن شاء الله.

ورواه ابن ابي شيبة أيضًا من طريق قتادة، عن سعيد بن جبير[٢].

[وإسناده صحيح][٣].

الدليل الثاني:

أن في شراء المصحف دليلًا على الرغبة فيه، بخلاف البيع.

والحقيقة أنه لو كره البيع لكره الشراء؛ لأن الشراء سبب في وجود البيع.

وفي تفريقهم بين البيع والشراء يظهر أن الكراهة كراهة تنزيه، وأنه ينبغي أن يبذل كتاب الله، ولا يؤخذ عوض عليه، ولكن القول بالتحريم بعيد جدًا، فالذي يظهر لي أن بيعه وشراءه جائز، ولا فيه أدنى شبهة، ومع النية الصالحة في الاشتغال ببيع القرآن وبيع الكتب الشرعية السليمة الخالية من البدع ما يؤجر عليه الإنسان لنشره العلم النافع بين الأمة.

ومع أن الحنفية أجازوا بيعه، واعتبروه مالًا متقومًا، إلا أنهم يرون أن سارق

(١) المصنف (٤/ ٢٨٨).
(٢) المصنف (٤/ ٢٨٨).
(٣) ورواه ابن أبي شيبة أيضًا (٤/ ٢٨٨) من طريق ليث، عن مجاهد، عن ابن عباس، وهذا طريق صالح في المتابعات.

المصحف لا تقطع يده[١]، واختاره من الحنابلة أبو بكر والقاضي[٢].

وعلل الكاساني من الحنفية عدم القطع في سرقة المصحف؛ بأنه يدخر لا للتمول، بل للقراءة،، والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به[٣].

وهذا يعني أنه ليس بمال؛ لأن المال هو ما يتمول.

وعلل بعضهم: بأنه لم يجب فيه القطع؛ لأن له فيه حق التعليم، فليس له منعه عمن يحتاج إليه[٤].

وذهب الجمهور من المالكية[٥]، والشافعية[٦]، وأبو الخطاب[٧]، من الحنابلة إلى وجوب القطع في سارق المصحف إذا بلغت قيمته ما تقطع فيه اليد. وسوف يأتي إن شاء الله تعالى بحث هذه المسألة في مظانها.



(١) بدائع الصنائع (٧/ ٦٨)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٤).
(٢) الكافي لابن قدامة (٤/ ١٧٨).
(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٦٨).
(٤) المحلى (١١/ ٣٣٧).
(٥) المدونة (/ ٢٧٧)، القوانين الفقهية (ص٢٣٦)، تفسير القرطبي (٦/ ١٧٠).
(٦) الأم (٦/ ١٤٧)، مختصر المزني (ص٢٦٤).
(٧) الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ١٧٨).

الفرع الأول
في إبدال المصحف بمصحف آخر

[م -١٢٤] هذه المسألة إنما تناقش في مذهب من يمنع، أو يكره بيع المصحف، وأما من أجاز بيع المصحف فالاستبدال مثله، أو أولى.

قال ابن رجب: «لو أبدل مصحفًا بمثله جاز، نص عليه، بخلاف ما لو باعه بثمن.

وذكر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا؟ على روايتين، وأنكر القاضي ذلك، وقال هي بيع بلا خلاف، وإنما أجاز أحمد إبدال المصحف بمثله؛ لأنه لا يدل على الرغبة عنه، ولا على الاستبدال به بعوض دنيوي، بخلاف أخذ ثمنه»(١).

وقال في الإنصاف: «وفي كراهة شرائه وإبداله روايتان...

أحدهما: لا يكره، وهو المذهب...

والرواية الثانية: يكره، قدمه في الرعايتين»(٢).



(١) القواعد (ص٣١٥).

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٧٩).

الفرع الثاني
في بيع المصحف للكافر

[م -١٢٥] ذكر الحطاب من المالكية[١]، والعراقي[٢] والنووي[٣] وابن حجر[٤] من الشافعية بأنه لا خلاف في تحريم بيع المصحف للكافر.

واختلفوا في صحة البيع لو وقع على قولين:

القول الأول:

يصح البيع، ولا ينقض شراؤه، ويجبر على إزالة ملكه عنه ببيع، أو هبة، أو صدقة، أو نحو ذلك.

وهذا مذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، وقول في مذهب الشافعية[٧].

القول الثاني:

البيع باطل، وعليه أكثر المالكية[٨]، وهو أصح القولين في مذهب

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٥٣).
(٢) طرح التثريب (٧/ ٢١٨).
(٣) المجموع (٩/ ٤٣٤).
(٤) فتح الباري (٦/ ١٣٤).
(٥) المبسوط (١٣/ ١٣٣).
(٦) التاج والإكليل (٤/ ٢٥٤)، حاشية العدوي (٢/ ١٧٩)، مواهب الجليل (٤/ ٢٥٣)، منح الجليل (٤/ ٤٤٣).
(٧) المجموع (٩/ ٤٣٤).
(٨) جاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٥٣): «وأما المسلم والمصحف فلا يصح تقرر ملك الكافر عليهما فلا يجوز بيعهما منه بلا خلاف فإن وقع ذلك فاختلف فيه، فمذهب المدونة أن البيع يمضي، ويجبر الكافر على إخراج ذلك عن ملكه... وصرح المازري بأنه المشهور، وقال سحنون: وأكثر أصحاب مالك ينقض البيع...».

الشافعية[١]، وهو مذهب الحنابلة[٢].

❑ دليل من قال بصحة البيع:

قالوا: إنه بيع توفرت فيه شروطه، وليس من شرط صحة البيع إسلام المتعاقدين، والكافر لا يستخف بالمصحف؛ لأنه يعتقد أنه كلام فصيح، وحكمة بالغة، وإن كان لا يعتقد أنه كلام الله ﷻ، وإبطال البيع يحتاج إلى دليل خاص، ولا يوجد نص من الشارع على بطلان العقد، ولو كان العقد باطلًا لجاء النص الصريح كما جاء النهي عن تزويج المشركين، والنكاح منهم، وأما إجباره على إزالة ملكه؛ فلأنه لا يعظمه حق التعظيم، خاصة عند من يرى وجوب الطهارة لمسه[٣].

❑ دليل من قال: البيع باطل.

الدليل الأول:

(ح-٦٣) ما رواه الشيخان من طريق مالك، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: **نهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو**[٤].

زاد مسلم من طريق الليث، عن نافع: مخافة أن يناله العدو[٥].

---

(١) قال في المجموع (٩/ ٤٣٤): «إذا اشترى الكافر مصحفًا ففيه طريقان مشهوران... أصحهما أنه لا يصح البيع».

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٨٠)، شرح منتهى الإرادات (١/ ٧٨)، كشاف القناع (١/ ١٣٥، ١٣٦)، الآداب الشرعية (٢/ ٢٨٧).

(٣) انظر المبسوط (١٣/ ١٣٣).

(٤) صحيح البخاري (٢٩٩٠)، ومسلم (١٨٦٩).

(٥) صحيح مسلم (١٨٦٩).

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨].

ومن تعظيم القرآن تنزيهه وإبعاده عن القاذورات، وكون القرآن يكون عند الكفار، فيه تعريض له لذلك، وإهانة له، وكلهم أنجاس، لا يغتسلون من جنابة، ويأكلون الميتة.

ويناقش:

بأن نجاسة الكفار نجاسة معنوية، ولذلك يباح أكل طعامهم، ولبس ما نسجوه من الثياب.

الدليل الثالث:

ولأنه إذا كان يمنع من استدامة ملكه له، كما لو ملكه بإرث ونحوه، فيمنع من تملكه ابتداء من باب أولى، كنكاح المسلمة(١).

❑ الراجح من الخلاف:

القول بصحة البيع أقوى حجة من القول ببطلان العقد، ولو قيل: إن كان الحامل له على الشراء معرفة الإسلام، وكان يرجى إسلامه صح البيع، خاصة أن اشتراط الطهارة لمسه وإن كان قول العامة إلا أن الدليل ليس قويًا، وقد بحثت هذه المسألة في كتابي الحيض والنفاس، وقد أذن بعض الصحابة أن يكتب القرآن رجل ذمي، ولم يمنع الكافر من سماع كلام الله في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦]، كما لم

---

(١) انظر الكافي في فقه أحمد (٢/ ٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩)، ولم أتصور كيف يؤول إليه بالإرث، ولا توارث بين كافر ومسلم.

يمنع الفقهاء الكفار تعلم أحكام الشريعة لمن يرجى إسلامهم، وكتب الرسول ﷺ الآية للكافر حين أرسل إلى هرقل الروم كتابًا يدعوه فيه إلى الإسلام، وفي الكتاب ﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍۭ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا ٱللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِۦ شَيْـًٔا﴾ [آل عمران: ٦٤].

وحكم القرآن لا يختلف عن حكم الآية، والله أعلم.



الفرع الثالث
في رهن المصحف

[م -١٢٦] الخلاف مبني على اختلافهم في حكم بيع المصحف، فمن أجاز بيعه أجاز رهنه، ومن منع البيع منع الرهن؛ لأن المقصود من الرهن التوثيق بالدين، والاستيفاء منه، أو من ثمنه إذا تعذر الاستيفاء، فمن أجاز بيعه أجاز رهنه.

وأما رهن المصحف للكافر، فقد قال ابن قدامة: «وفي رهن المصحف روايتان كبيعه، وإن رهنه أو رهن كتب الحديث... لكافر لم يصح؛ لأنه لا يصح بيعه له، ويحتمل أن يصح إذا شرط كونه في يد مسلم، ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه؛ لأن الرهن لا ينقل الملك إلى الكافر بخلاف البيع»(١).



(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٤٠).

المبحث الثاني
في بيع الهر

[م -١٢٧] اختلف العلماء في بيع الهر على قولين:

القول الأول:

يجوز بيعه، وهو مذهب الأئمة الأربعة(١).

القول الثاني:

لا يجوز بيعه، حكاه ابن المنذر قولًا لأبي هريرة، وطاووس، ومجاهد، وجابر بن زيد(٢)، وهو رواية عن الإمام أحمد(٣)، واختيار ابن حزم الظاهري(٤).

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢)، المبسوط (١١/ ٢٣٥، ٢٣٦)، حاشية ابن عابدين (١/ ٢٠٨)، الشرح الكبير (٣/ ١١)، التمهيد (٨/ ٤٠٣)، التاج والإكليل (٦/ ٧١)، الشرح الصغير (٣/ ٢٤).
وقال النووي في المجموع (٩/ ٢٧٤): «بيع الهرة الأهلية جائز بلا خلاف عندنا، إلا ما حكاه البغوي في كتابه في شرح مختصر المزني عن ابن القاص، أنه قال: لا يجوز، وهذا شاذ باطل مردود، والمشهور جوازه، وبه قال جماهير العلماء، نقله القاضي عياض عن الجمهور.
وقال ابن المنذر: أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز، ورخص في بيعه ابن عباس، وابن سيرين، والحكم، وحماد، ومالك، والثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو حنيفة، وسائر أصحاب الرأي».

(٢) انظر المجموع (٩/ ٢٧٤)، شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ٢٣٤)، وينظر في صحة هذه الأقوال، لأن من عادة الفقهاء أن الراوي للحديث ينسبون إليه القول بحكمه، وهذا فيه نظر.

(٣) قال ابن رجب في القواعد تحت القاعدة التاسعة والتسعين (ص٢٢٧) «منها: الهر لا يجوز بيعه على أصح الروايتين، وثبت في صحيح مسلم النهي عنه...».

(٤) المحلى (مسألة ١٥١٥).

❑ دليل من قال: لا يجوز بيعه.

(ح-٦٤) ما رواه مسلم من طريق معقل، عن أبي الزبير، قال: **سألت جابرًا عن ثمن الكلب والسنور، قال: زجر النبي ﷺ عن ذلك**[١].

وأجيب:

وقف العلماء من الحديث إما موقف التضعيف، أو التأويل.

أما تضعيف الحديث فقد استنكره الإمام أحمد رحمه الله[٢] وابن عبد البر[٣].

وأما التأويل فقال بعض العلماء: إن المراد به الهرة الوحشية، فلا يصح بيعها لعدم الانتفاع بها.

وقال بعض العلماء: المراد بالنهي نهي تنزيه[٤].

---

(١) مسلم (١٥٦٩).

(٢) قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (ص٤١٧): «هذا مما يعرف عن ابن لهيعة، عن أبي الزبير، وقد استنكر الإمام أحمد روايات معقل عن أبي الزبير، وقال: هي تشبه أحاديث ابن لهيعة، وقد تتبع ذلك فوجد كما قال أحمد».
قلت وإذا كان الحديث حديث ابن لهيعة، فابن لهيعة ضعيف، وقد اختلف على ابن لهيعة في إسناده أيضًا، فقد رواه أحمد (٣/ ٣٣٩، ٣٤٩)، وابن ماجه (٢١٦١)، والطحاوي (٤/ ٥٢)، من طريق ابن لهيعة، عن أبي الزبير عن جابر.
وأخرجه أحمد (٣/ ٣٣٩) من طريق ابن لهيعة، عن خير بن نعيم، عن عطاء، عن جابر به.
وقال ابن عبد البر في التمهيد (٨/ ٤٠٢، ٤٠٣): «وروى الأعمش عن أبي سفيان، عن جابر، عن النبي ﷺ مثله، قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والسنور.
وحديث أبي سفيان عن جابر لا يصح؛ لأنها صحيفة، ورواية الأعمش في ذلك عندهم ضعيفة».
وقد استكملت طرق الحديث، وخرجته في مسألة بيع الكلب، فانظره هناك.

(٣) سيأتي نقل كلامه في أدلة القول الثاني.

(٤) انظر المجموع (٩/ ٢٧٤).

قال النووي: «وأما النهي عن ثمن السنور، فهو محمول على أنه لا ينفع، أو على أنه نهي تنزيه، حتى يعتاد الناس هبته، وإعارته والسماحة به، كما هو الغالب، فإن كان مما ينفع، وباع صح البيع، وكان ثمنه حلالًا»[١].

وقال القرطبي في المفهم: «لفظ زجر يشعر بتخفيف النهي، وأنه ليس للتحريم، بل على التنزه عن ثمنهما»[٢].

وهذا التأويل خلاف الظاهر، والقول بضعف الحديث أوجه.

☐ دليل من قال: يجوز بيعه:

الأصل الإباحة، وقد قال الإمام أحمد: «ما أعلم فيه شيئًا يثبت أو يصح. وقال أيضًا: الأحاديث فيه مضطربة»[٣].

وقال ابن عبد البر: «ليس في السنور شيء صحيح، وهو على أصل الإباحة»[٤].

وقال الطحاوي: «ولم نعلم اختلافًا بين أهل العلم في ثمن السنور أنه ليس بحرام، ولكنه دنيء»[٥].

قلت: الخلاف محفوظ، فقد صرح بالتحريم ابن حزم، وكرهه جماعة من السلف، نقله عنهم ابن المنذر، وذكرت ذلك في الأقوال، والكراهة عند السلف تحتمل التحريم.

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ٢٣٣).
(٢) المفهم (٤/ ٤٤٧).
(٣) جامع العلوم والحكم (ص٤١٧).
(٤) التمهيد (٨/ ٤٠٣).
(٥) مشكل الآثار (١٢/ ٨٤).

الدليل الثاني:

أن الهر حيوان طاهر، يباح اتخاذه مطلقًا، وهو من الطوافين علينا، وفيه منفعة مباحة من اصطياد الفئران، فمثله جائز في النظر، إلا أن يمنع من ذلك دليل يجب التسليم له، وقد قال أحمد وابن عبد البر لا يصح فيه شيء، ونقلناه عنهم قبل قليل.

❑ الراجح:

صحة بيع الهر، وقد قال الإمام أحمد: لا يصح فيه شيء، يعني في النهي عن بيعه، لهذا أرى أن النظر لا يمنع من إباحة بيعه، فعينه طاهرة، ويشتمل على منفعة مباحة.



المبحث الثالث
في بيع الفيل

[م -١٢٨] ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز بيع الفيل؛ لأنه حيوان مشتمل على منفعة، منها حمل الأثقال، واستعماله للقتال، ولم يرد فيه نص بالنهي عن اقتنائه(١).

قال الكاساني: «ويجوز بيع الفيل بالإجماع؛ لأنه منتفع به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعًا»(٢).

وقال النووي: «وكذلك القرد والفيل والهرة... فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف»(٣).

ولعل النووي يقصد بلا خلاف في المذهب، وإلا فالهرة فيها خلاف أشرت إليه في بابه.

وقيل: لا يجوز بيع الفيل، لأنه نجس، وهو رواية في مذهب الحنابلة(٤).

والقول الأول أصح.



---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٨٨)، الاختيار (٢/ ١٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٦)، منح الجليل (٤/ ٤٥٥)، الخرشي (٥/ ١٦)، الفواكه الدواني (١/ ٣٨٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ١١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٢)، الفروع (٤/ ١٠)، الإنصاف (٤/ ٢٧٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣، ١٤٤).

(٣) المجموع (٩/ ٢٨٦).

(٤) الفروع (٤/ ١٠)، الإنصاف (٤/ ٢٧٣).

المبحث الرابع
في بيع القرد

[م -١٢٩] اختلف العلماء في بيع القرد على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز بيعه مطلقًا، وهو المختار في مذهب الحنفية[١]، ومذهب الشافعية[٢].

القول الثاني:

لا يجوز بيعه مطلقًا، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، رجحها صاحب بدائع الصنائع[٣]، وهو مذهب المالكية[٤]، ورواية في مذهب الحنابلة[٥].

القول الثالث:

إن كان بيعه من أجل اللهو واللعب لم يصح بيعه، وإن كان لحفظ المتاع

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ٢٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٧)، فتح القدير (٦/ ٤٢٧).

(٢) المجموع (٢/ ٢٨٦)، أسنى المطالب (٢/ ١٠)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٨)، شرح البهجة (٢/ ٤٠٢)، تحفة المحتاج (٤/ ٢٣٨)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٩٦) إلا أن الشافعية لم يذكروا من منافع القرد إلا الحراسة.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٧)، فتح القدير (٧/ ١١٨).

(٤) التاج والإكليل (٣/ ٢٣٨)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٢٧)، مواهب الجليل (٤/ ٢٦٥)، تفسير القرطبي (٧/ ١٢٢)، الاستذكار (١٥/ ٣٢٤).

(٥) قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (ص٤١٨):

«قال القاضي في المجرد: إن كان ينتفع به - يعني القرد - في موضع لحفظ المتاع، فهو كالصقر، والبازي، وإلا فهو كالأسد، لا يجوز بيعه، والصحيح المنع مطلقًا، وهذه المنفعة يسيرة، وليست هي المقصودة منه، فلا يبيح البيع كمنافع الميتة». وانظر المغني (٤/ ١٧٥).

والحراسة صح، وهذا هو الراجح من مذهب الحنابلة[١].

❑ دليل من قال: لا يجوز بيعه.

الدليل الأول:

ذكر ابن عبد البر ﷺ الإجماع على أنه لا يجوز بيعه.

قال في الاستذكار: «ولا أعلم بين العلماء خلافًا أن القرد لا يؤكل، ولا يجوز بيعه؛ لأنه لا منفعة فيه»[٢].

وإذا اطلعت على الخلاف السابق عرفت أن الإجماع لم ينعقد بعد على تحريم البيع، ولو صح لكان دليلًا كافيًا.

الدليل الثاني:

أن القرد حيوان لا يؤكل، فلا يجوز شراؤه للأكل، ولا منفعة فيه فيحل بيعه، قال ابن عبد البر: «وما لا منفعة فيه من الحيوان لا يجوز بيعه بحال كالقرد»[٣].

واللهو به واللعب لا يسوغ بذل المال في تحصيله، وما قيل: إنه يحفظ المتاع فهي منفعة يسيرة ليست مقصودة.

قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم: «وهذه المنفعة -يعني: حفظ المتاع- يسيرة، وليست هي المقصودة منه، فلا يبيح البيع كمنافع الميتة»[٤].

---

(١) الإنصاف (٤/ ٢٧٤، ٢٧٥)، الفروع (٤/ ١٢)، كشاف القناع (٣/ ١٥٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨).

(٢) الاستذكار (١٥/ ٣٢٤).

(٣) الكافي (ص٣٢٧).

(٤) جامع العلوم والحكم (ص٤١٨).

ويجاب:

بأن حفظ المتاع ليست منفعة يسيرة، فهذا الكلب المحرم اقتناؤه اغتفر اقتناؤه لمصلحة حراسة الماشية، وهي من المتاع، بل إن حفظ المتاع أولى من منفعة شراء الطاووس للونه، والطير لصوته، فكيف يقلل من منفعة الحراسة، ولقد أخبرني من رأى القرد في الهند يقوم بقطف جوز الهند من أعالي الشجر، بعد أن قام صاحبه بتدريبه وتعليمه.

❑ دليل من قال: يجوز بيعه.

الدليل الأول:

لم يرد نص في النهي عن بيعه، أو اقتنائه، والأصل الحل.

الدليل الثاني:

أنه حيوان مشتمل على منفعة، فهو يحفظ المتاع، ويحرسه، وكل ما كان كذلك كان مالًا يجوز بيعه وشراؤه، والله أعلم.

❑ الراجح:

جواز بيعه وشرائه؛ لأن الأصل الجواز، ولاشتماله على منفعة مباحة، والله أعلم.



المبحث الخامس
في بيع سباع البهائم والطير

[م -١٣٠] اتفقت المذاهب على عدم جواز بيع سباع البهائم إذا كانت هذه السباع مما لا نفع فيها، واختلفوا في تقدير المنفعة المبيحة للبيع.

فالحنفية والمالكية ذهبوا إلى إطلاق النفع حتى ولو كان في اقتناء جلده[(١)].

وقصر الشافعية والحنابلة المنفعة بصلاحيته للصيد، زاد الشافعية أو القتال.

إذا علم هذا نأتي فقد اختلف العلماء في حكم بيع السباع المشتملة على منفعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز بيع السباع من البهائم والطير مما يشتمل على منفعة في الحال، أو في المال. وهذا مذهب الحنفية[(٢)].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٢/ ٢٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣/ ١٥١).
وفي مذهب المالكية: جاء في التاج والإكليل (٤/ ٢٦٧): «وأما بيع السباع أحياء، والفهود، والنمور، والذئاب، وشبيهها، فإن كانت إنما تشترى، وتذكى، لجلدها، فلا بأس بذلك؛ لأن مالكًا قال: إذا ذكيت السباع، جاز لباس جلودها، والصلاة عليها».
وانظر مواهب الجليل (٤/ ٢٦٧، ٢٦٨)، الخرشي (٥/ ١٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٨٧، ٢٨٩، ٢٩٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١١)، التمهيد لابن عبد البر (٨/ ٤٠٠)، (١٥/ ١٧٦)، تفسير القرطبي (٧/ ١٢١)، أضواء البيان (١/ ٥٤٠).

(٢) المبسوط (١٢/ ٢٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣/ ١٥١).

القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز بيع ما يصلح للاصطياد، ويقبل التعليم(١)، زاد الشافعية: أو يصلح للقتال(٢).

القول الثالث:

ذهب المالكية إلى جواز بيع سباع الطيور مطلقًا؛ لأن لحمها مباح عندهم كالباز والعقاب(٣)، وأما سباع البهائم، فإن كان الشراء من أجل الجلد جاز ذلك، وإن كان من أجل اللحم فلهم في ذلك ثلاثة أقوال:

المنع مطلقًا. والكراهة مطلقًا. والتفصيل بين ما يعدو على الآدمي كالأسد، والفهد، والنمر، والذئب، فيمنع، وبين ما لا يعدو، كالدب، والثعلب، والهر فيكره(٤).

وهذه الأشياء لم يرد نص خاص في حكم بيعها منعًا أو إباحة، وما كان ربك

---

(١) أشار المرداوي في تصحيح الفروع (٤/ ١٢): أن «تعليم كل شيء بحسبه، فتعليم الفهد للركوب، والحمل عليه ونحوهما، وتعليم غيره للصيد».

(٢) المهذب (١/ ٢٦١)، المجموع (٩/ ٢٨٧)، كفاية الأخيار (١/ ٢٣٥)، التنبيه (ص٨٨)، إلا أن الغزالي في إحياء علوم الدين (٢/ ٦٥)، قال: «ويجوز بيع الهرة، والنحل، وبيع الفهد، والأسد، وما يصلح لصيد، أو ينتفع بجلده»، فجعل من المنافع المقصودة طلب الجلد».

وجاء في حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٨): «ولا يخفى أن نفع كل شيء بحسبه، فنفع العلق بامتصاص الدم، ونفع الطاوس بالاستمتاع برؤية لونه، ونفع العندليب باستماع صوته، ونفع العبد الزمن بعتقه، ونفع الهرة بصيد الفأر، والقرد بالتعليم ونحو ذلك».

وانظر في مذهب الحنابلة: المغني (٤/ ١٧٤، ١٧٥).

(٣) التمهيد لابن عبد البر، (١٥/ ١٧٦)، تفسير القرطبي (٧/ ١٢١)، أضواء البيان (١/ ٥٤٠).

(٤) حاشية الدسوقي (٢/ ١١٥ - ١١٧).

نسيًا، والأصل في البيوع الإباحة، وعدم التحريم إلا بنص أو إجماع، ومدار الحكم على تحقق وجود منفعة مباحة، سواء كانت هذه المنفعة، هي الصيد، أو الحراسة، أو القتال، أو الجلد، أو أي منفعة مقصودة، يطلبها الناس، ولها قيمة عندهم، إلا جلود السباع فقد ورد النهي عنها.

(ح -٦٥) فقد روى أحمد من طريق سعيد، عن قتادة، عن أبي المليح ابن أسامة الهذلي عن أبيه، أن رسول الله ﷺ: **نهى عن جلود السباع**(١).

[حديث صحيح](٢).

وأما ما لا يقبل التعليم، ولا منفعة في جلده فلا يجوز بيعه، لأن بذل المال فيما لا منفعة فيه يعتبر إضاعة له، وقد نهى الشارع عن إضاعة المال، والله أعلم.



(١) المسند (٥/ ٧٤).

(٢) الحديث يرويه قتادة، عن أبي المليح، عن أبيه مرفوعًا، رواه سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، وهو من أثبت الناس في قتادة، وتابعه شعبة، عن قتادة، ولم يختلف فيه على قتادة.
ويرويه يزيد الرشك، عن أبي المليح، عن النبي ﷺ مرسلًا.
رواه عن يزيد: معمر، وشعبة، ورواية قتادة أصح، وقد خرجت الحديث في كتابي: موسوعة أحكام الطهارة: (المياه والآنية) فأغنى عن إعادته هنا.

المبحث السادس
في بيع الحشرات

[م -١٣١] لا يجوز بيع الحشرات التي لا نفع فيها، كالصراصير، والعقارب، والحيات ومثل له بعض المالكية ببعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم يتحصل منها أوقية لحم.

وعللوا ذلك:

بأن ما لا نفع فيه لا يعد مالًا، وأخذ المال في مقابلته ممتنع؛ لأنه من إضاعة المال، وهذا مذهب الأئمة(١)، وأما الحشرات التي فيها نفع، فاختلفوا فيها على قولين:

القول الأول:

لا يجوز بيع الحشرات مطلقًا، مثل النحل ودود القز، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله، إلا أن يبيع النحل تبعًا للعسل، أو تبعًا لكوارته(٢)، أويبيع دود القز تبعًا للقز(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٨)، مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣)، أسنى المطالب (٢/ ٩).

(٢) قال ابن نجيم: «الكوارة بضم الكاف وتشديد الواو: معسل النحل إذا سوى من طين أو خشب أو غيرهما».

(٣) جاء في مرقاة المفاتيح (٧/ ٧٣٥) «قال أبو حنفية: لا يصح بيع النحل، والزنبور، وسائر الحشرات».
وانظر بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٤٩)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٢٠)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٢٠)، البحر الرائق (٢/ ٥٧).

القول الثاني:

يجوز بيع الحشرات التي فيها نفع، وهو اختيار محمد من الحنفية[١]، وهو مذهب الجمهور[٢].

❑ حجة الحنيفة على المنع:

ذكر الكاساني أن النحل ودود القز وما شابههما ليس بمنتفع به بنفسه، فلم يكن مالا بنفسه، بل بما يحدث منه، وهو معدوم[٣].

وعلل في كنز الدقائق المنع من بيع النحل «أنه من الهوام، فلا يصح بيعه كالزنبور، وهوام الأرض، والانتفاع بما يخرج منه، لا بعينه، فلا يكون منتفعا به، والشيء إنما يصير مالًا لكونه منتفعا به»[٤].

❑ حجة الجمهور على الجواز:

أن الحشرات التي ينتفع بها يجوز بيعها؛ لاشتمالها على منفعة مقصودة، فتعتبر مالًا، وكونه لا يحل أكلها، لا يمنع من جواز بيعها، فهي بمنزلة الحمار والبغل، يجوز بيعهما لمنفعتهما، وإن كان لا يحل أكلهما.



(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤)، البحر الرائق (٢/ ٥٧).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣)، أسنى المطالب (٢/ ٩)، الإنصاف (٤/ ٢٧٢)، الكافي (٢/ ٥)، كشاف القناع (٣/ ١٥٥).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤).

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤/ ٤٩).

المبحث السابع
في بيع لبن الآدميات

[م -١٣٢] اختلف العلماء في بيع لبن الآدميات على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يجوز بيعه، وهو مذهب الحنفية[(١)]، ووجه شاذ في مذهب الشافعية[(٢)]، ووجه في مذهب الحنابلة[(٣)].

القول الثاني:

يجوز بيعه، وهو مذهب المالكية[(٤)]، والشافعية[(٥)]، والمشهور من مذهب الحنابلة[(٦)].

القول الثالث:

يجوز بيع لبن الأمة دون الحرة، وهذا اختيار أبي يوسف من الحنفية[(٧)].

---

(١) قال السرخسي في المبسوط (١٥/ ١٢٥): «ولا يجوز بيع لبن بني آدم على وجه من الوجوه عندنا».
وانظر فتح القدير (٦/ ٤١٩)، العناية شرح الهداية (٩/ ١٠٣)، تبيين الحقائق (٥/ ١٢٧).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٣٥٣).

(٣) الإنصاف (٤/ ٢٧٧)، الكافي (٢/ ٥).

(٤) القوانين الفقهية (ص١١٧)، مواهب الجليل (٤/ ٢٦٥)، أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٤١)، منح الجليل (٥/ ١٣).

(٥) روضة الطالبين (٣/ ٣٥٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٢)، أسنى المطالب (٢/ ١٠).

(٦) الإنصاف (٤/ ٢٧٧)، الكافي (٢/ ٥).

(٧) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٥).

❑ دليل الحنفية على تحريم بيع لبن الآدميات.

الدليل الأول:

قال الحنفية: إنه لا يباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق، بل لضرورة تغذية الطفل، وما كان حرام الانتفاع به شرعًا إلا لضرورة، لا يكون مالًا، كالخمر والخنزير(١).

ورده القرافي، قال: «ويندفع الفرق بما روي عن عائشة رضي الله عنها، أنها أرضعت كبيرًا، فحرم عليها، فلو كان حرامًا لما فعلت ذلك، ولم ينكر عليها أحد من الصحابة، فكان ذلك إجماعًا على إلغاء هذا الفرق»(٢).

الدليل الثاني:

أنه جزء من الآدمي، والآدمي بجميع أجزائه محترم مكرم، وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع(٣).

الدليل الثالث:

عمل الناس دليل على أنه ليس بمال، بدليل أنك لا تجده يباع اليوم في الأسواق، بخلاف لبن بهيمة الأنعام(٤).

الدليل الرابع:

قياس لبن الآدمي على عرقه، وبزاقه، ومخاطه، وكل هذه الأشياء ليست مالًا، فكذلك اللبن(٥).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٥).
(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٤١).
(٣) المرجع السابق.
(٤) انظر المرجع السابق.
(٥) انظر المبسوط (١٥/ ١٢٥).

الدليل الخامس:

أن الآدمي خلق مالكًا للمال، واعتبار اللبن مالًا يحوله من كونه مالكًا للمال إلى كونه مالًا في نفسه، وبينهما منافاة[١].

الدليل السادس:

أنه جزء حيوان منفصل عنه في حياته، فيحرم أكله، فيمتنع بيعه[٢].

وهذا الكلام كأنه يشير إلى ما يروى عن رسول الله ﷺ: **ما أبين من حي فهو كميتته**[٣]، وإذا كانت ميتة الآدمي لا تؤكل، فلا يجوز تناول ما انفصل عنه في حياته.

ويجاب: بأن الانفصال هنا ليس كانفصال عضو من أعضاء الحيوان، ولو صح هذا الدليل لنهي عن تناول لبن بهيمة الأنعام؛ لأنه انفصل عنها في حياته، ولم يقل بذلك أحد من أهل العلم، بل هذا الانفصال كانفصال شعر الحيوان؛ فإذا كان الشعر من الحيوان يجوز بيعه، والانتفاع به، جاز بيع اللبن، والانتفاع به.

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) الفروق (٣/ ٣٨٦).

(٣) روى أحمد (٥/ ٢١٨) من طريق زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي واقد الليثي قال: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة، والناس يجبون أسنمة الإبل ويقطعون أليات الغنم، فقال رسول الله ﷺ: **ما قطع من البهيمة وهي حية، فهي ميتة**.
والحديث فيه اختلاف كثير، فروي تارة من مسند أبي واقد، ومرة من مسند ابن عمر، ومرة من مسند أبي سعيد، وجاء موصولًا ومرسلًا، والراجح فيه رواية ابن مهدي، عن سليمان بن بلال، عن زيد بن أسلم، عن النبي ﷺ، وتابعه معمر، عن زيد بن أسلم، وقد تكلمت على طرقه، وخرجته في كتابي موسوعة أحكام الطهارة (المياة والآنية) رقم ١٥٣ .

□ دليل الجمهور:

الدليل الأول:

الأصل جواز البيع في كل ما ينتفع به شرعا، ولم ينه المسلم عن بيعه لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولا يوجد دليل صريح في النهي عن بيع لبن الآدمي.

الدليل الثاني:

لبن الآدمي عين طاهرة، منتفع به شرعًا وعرفًا، فجاز بيعه كسائر الطاهرات.

الدليل الثالث:

القياس على لبن بهيمة الأنعام، بكونه لبنًا من حيوان طاهر.

الدليل الرابع:

ولأنه غذاء للآدمي، فجاز بيعه كالخبز.

الدليل الخامس:

وإذا كان يجوز استئجار الظئر من أجل حليبها لترضع الطفل، والأجرة إنما كانت من أجل الحليب، لا من أجل الحضانة، فما جاز أخذ العوض عنه كان ذلك دليلًا على جواز بيعه.

□ الراجح من الخلاف:

أرى أن القول الراجح جواز بيع حليب الآم إذا جمع في وعاء منفصلًا عن صدر الأم، وقياس اللبن على الدمع والعرق قياس مع الفارق؛ لأن الدمع والعرق لا منفعة فيه بخلاف اللبن، والقول بأن البيع فيه امتهان لكرامة الإنسان ليس بصحيح، وإذا كانت منافع الآدمي الحر التي لا تنفصل عنه يجوز بيعها كما

في إجارة الآدمي، وقد اشتغل أجيرًا بعض أولو العزم من الرسل عليهم أفضل الصلاة والتسليم، ولم يكن في ذلك امتهان للإنسان، فكيف يقال هذا في بيع ما هو منفصل عنه، ولو كان في البيع امتهان وابتذال لكانت مهنة مزاولة البيع فيها الشيء نفسه، ولما اشتغل الأنبياء والرسل في البيع والشراء.



المبحث الثامن
في بيع السم

[م -١٣٣] السم إذا كان لا ينتفع به لم يجز بيعه، حتى ولو لم يضر قليله، ما دام أن قليله لا ينفع فلا يجوز بذل المال فيه. لأن من شروط البيع اشتمال المبيع على منفعة مباحة، وسبق أن ذكرنا الأدلة الشرعية على تحريم بيع ما لا نفع فيه في مسألة مستقلة.

وإن خالط السم نجاسة، وكان يمكن الانتفاع به في غير الأكل كان الخلاف فيه راجعًا إلى اشتراط الطهارة في المبيع، وهي مسألة خلافية بين الحنفية والجمهور.

وسبق أن حررت الخلاف فيها، وذكرت أن الراجح جواز بيع النجس إذا كان مشتملًا على منفعة، ولم يرد نص في النهي عن بيعه بذاته، ولم يكن المقصود منه الأكل.

وإن كان السم يقتل كثيره، وينفع قليله كدواء ونحوه، وكانت عينه طاهرة، فقد اختلف العلماء في حكم بيعه على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز بيعه، سواء كان السم من الحشائش أو من الحيات، وهو جار على قواعد مذهب الحنفية في جواز بيع كل عين جرى تمولها والانتفاع بها(١)،

---

(١) لم أقف على كلام للحنفية في بيع السم، لكن جاء في حاشية ابن عابدين ما يمكن أن يستنبط منه ما يدل على جواز بيع السم إذا كان ينتفع به، قال ابن عابدين (٥/ ٦٨): «يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع به للأدوية. . .». =

وأجاز بيعه الشافعية[١].

القول الثاني:

لا يجوز بيعه مطلقًا، وهو مذهب المالكية[٢].

القول الثالث:

التفريق بين سموم الحشائش، وبين سموم الحيات، فيحرم بيع سموم الأفاعي، ويجوز بيع سموم الحشائش، وهذا مذهب الحنابلة[٣].

ومذهب الشافعية أرجح؛ وعمل الناس اليوم على هذا، فإن السموم اليوم تعتبر مالًا، لها قيمة معتبرة، فعن طريق السموم يتخلص الإنسان من الحشرات الضارة، والتي تفسد البيوت والأطعمة، كما أن بعض السموم تخلص التربة والمحاصيل الزراعية من بعض الآفات التي تلحقها، ويستفيد منه بعض الصيادلة في قتل بعض الميكروبات، والفيروسات التي تصيب بدن الإنسان.

ويؤخذ من تحريم بيع السموم الضارة التي لا نفع فيها، تحريم الدخان والذي انتشر في عصرنا حتى بلغ قتلاه بالملايين كل عام حسب إحصائيات منظمة الصحة العالمية، وتنفق بعض الدول على الرعاية الصحية في علاج آثاره ملايين

= وانظر البحر الرائق (٦/ ١٨٧)، وقد أجاز الحنفية بيع السرجين النجس، فالمدار عندهم يدور على أن كل عين جرى تمولها بين الناس، والانتفاع بها جاز بيعها، طاهرة كانت أم نجسة.

(١) المجموع (٩/ ٣٠٧)، شرح زبد ابن رسلان (ص١٨٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٢)، أسنى المطالب (٢/ ١٠)، حاشية الجمل (٣/ ٢٦).

(٢) جاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٦٥): «السم جميع منافعه محرمة، قال سحنون: لا يحل بيع السم، ولا ملكه على حال، والناس مجمعون على تحريم بيعه» اهـ.

(٣) كشاف القناع (٣/ ١٥٥)، الإنصاف (٤/ ٢٧٢).

الدولارات كل عام، وقد اتفق أطباء هذا العصر على أنه مضر بالصحة، ولا عبرة بما يقوله بعض الناس: إنه يشرب الدخان منذ أكثر من ثلاثين عامًا، ولم يلحقه ضرر منه، لأن مقاومة الأجسام للضرر قد تتفاوت بين الناس، والعبرة بعموم الناس، فما كان يضر غالب الناس حرم على الفرد منهم تناوله، هذا على التسليم بأنه لم يتضرر منه، ولو كشف على نفسه لدى الأطباء لأخبروه بما لحقه من الأضرار.

جاء في حاشية الجمل عند الكلام على السم: «هل العبرة بالمتعاطي له، حتى لو كان القدر الذي يتناوله لا يضره، لاعتياده عليه، ويضر غيره لم يحرم، أو العبرة بغالب الناس، فيحرم ذلك عليه، وإن لم يضره، فيه نظر، والأقرب الثاني»[(١)].

وقد حرم الله الخمرة؛ لأن ضررها أكبر من نفعها، فكيف بالدخان الذي لا نفع فيه البتة، بل هو ضرر محض، أليس أولى بالتحريم؟



(١) حاشية الجمل (٣/ ٢٦).

المبحث التاسع
في بيع الطيور لصوتها أو للونها

[م -١٣٤] قال النووي: «قسم ينتفع به فيجوز بيعه، كالإبل والبقر... وما ينتفع بلونه كالطاووس، أو صوته كالزرزور، والببغاء والعندليب... فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف»(١).

وقال في معالم القربة: «ويجوز بيع الببغاء، والطاووس، والطيور المسموعة، وإن كانت لا تؤكل؛ فإن التفرج بأصواتها، والنظر إليها غرض مقصود مباح»(٢).

وجاء في الإنصاف: «يصح بيع طير لأجل صوته، كالهزار، والبلبل، والببغاء... وقال الشيخ تقي الدين: يجوز بيعه إن جاز حبسه، وفي جواز حبسه احتمالان ذكرهما ابن عقيل»(٣).

وجاء في تصحيح الفروع: «أما حبس المترنمات من الأطيار، كالقماري والبلابل، لترنمها في الأقفاص، فقد كرهه أصحابنا، لأنه ليس من الحاجات إليه، لكنه من البطر، والأشر، ورقيق العيش، وحبسها تعذيب، فيحتمل أن ترد الشهادة باستدامته، ويحتمل أن لا ترد، ذكره في الفصول، انتهى.

---

(١) المجموع (٩/ ٢٨٦).

(٢) معالم القربة (ص٥٦)، وانظر تبيين الحقائق (٤/ ١٢٦)، البحر الرائق (٦/ ١٨٧)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٦، ٢٢٧).

(٣) الإنصاف (٤/ ٢٧٥)، وفي كشاف القناع (٣/ ١٥٣): «يصح بيع طير لقصد صوته كبلبل وهزار؛ لأن فيه نفعًا مباحًا».

وقال في الفصول في موضع آخر: وقد منع من هذا أصحابنا، وسموه سفهًا، انتهى. فقطع في الموضع الثاني بالمنع، وأن عليه الأصحاب، وهو قوي، وقال في باب الصيد: نحن نكره حبسه للتربية، لما فيه من السفه؛ لأنه يطرب بصوت حيوان، صوته حنين إلى الطيران، وتأسف على التخلي في الفضاء»(١).

قلت: ويؤيد جواز حبس الطير، ولا يعتبر ذلك تعذيبًا له.

(ح-٦٦) ما رواه البخاري من طريق شعبة، حدثنا أبو التياح، قال: سمعت أنس بن مالك ﵁ يقول: إن كان النبي ﷺ ليخالطنا حتى يقول لأخ لي صغير: **يا أبا عمير ما فعل النغير**(٢).

وفي رواية: نغر كان يلعب به.

قال الحافظ في الشرح: «طير صغير، واحد نغرة، وجمعه نغران، قال الخطابي: طوير له صوت، وفيه نظر، ورد في بعض طرقه أنه الصعو... قال عياض: النغير طائر معروف، يشبه العصفور، وقيل: هي فرخ العصافير، وقيل: هي نوع من الحمر، بضم المهملة، وتشديد الميم، ثم راء، قال: والراجح: أن النغير طائر أحمر المنقار...»(٣).

وساق الحافظ بعض فوائد الحديث، منها: «جواز لعب الصغير بالطير، وجواز ترك الأبوين ولدهما الصغير يلعب بما أبيح اللعب به، وجواز إنفاق المال فيما يتلهى به الصغير من المباحات، وجواز إمساك الطير في القفص ونحوه...»(٤).

---

(١) تصحيح الفروع (٤/ ١٠).
(٢) البخاري (٦١٢٩)، ومسلم (٢١٥٠).
(٣) فتح الباري (١٠/ ٥٨٣).
(٤) المرجع السابق.

الشرط الثالث
أن يكون المعقود عليه معلومًا للمتعاقدين

[م -١٣٥] هل يشترط أن يكون الثمن والمثمن معلومين للمتعاقدين؟

اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول:

يشترط أن يكون كل واحد من المتعاقدين عالمًا بالمعقود عليه قدرًا، وصفة، فإن جهل أحدهما المبيع، أو الثمن، فسد البيع، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة(١).

القول الثاني:

أجاز بعض الحنفية أن يكون المبيع مجهولًا للبائع، إذا كان المشتري عالمًا به، كما لو باع رجل حصته، وهو لا يعرف مقدارها، صح البيع، إلا أنه إن كان في البيع غبن ثبت له خيار الغبن(٢).

---

(١) العناية شرح الهداية (٦/ ٢٦٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٨)، البحر الرائق (٥/ ٢٩٤، ٢٩٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٤، ٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥٦)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣)، مواهب الجليل (٤/ ٢٧٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٥)، الخرشي (٥/ ٢٢)، أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٤٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٦٢٣)، المجموع (٩/ ١٧٤)، حاشيتا قليبوي وعميرة (٢/ ٢٠١)، السراج الوهاج (ص١٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٦)، المبدع (٤/ ٢٤)، الإنصاف (٤/ ٢٩٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٦، ٢٧).

(٢) جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٧٨): «ذكر في متن المجلة أن المبيع يجب أن يكون معلومًا للمشتري، وهذا التقييد يؤخذ منه أنه لا يشترط أن يكون المبيع معلومًا =

القول الثالث:

اختار بعض المالكية أنه لا يفسد البيع إلا إذا جهلاه معًا، أو جهله أحدهما، وعلم الآخر بجهله، وأما إذا لم يعلم الآخر بجهله فلا يفسد البيع، ولكن يخير الجاهل بين إمضاء البيع، وبين الرد(١).

القول الرابع:

اختار أكثر الحنفية، والباجي من المالكية جواز بيع الشيء، ولو لم يعلم

= للبائع، فعلى هذا إذا قال رجل لآخر: إن أرضك التي تحت يدي لا تصلح لشيء، وقد اشتريتها منك بخمسين قرشًا، فقال الآخر: قد بعتكها، فالبيع صحيح، وليس للبائع خيار الرؤية (انظر المادة ٣٢٢)، وكذلك إذا باع حصته في دار، وكان المشتري عالمًا بمقدار تلك الحصة فالبيع صحيح عند محمد، ولو كان البائع لا يعرف مقدار حصته فيها (رد المحتار) إلا أنه إذا كان في البيع غبن، وتضرير، ثبت للبائع خيار الغبن والتضرير، كما سيرد في المادة ٣٥٧». وانظر من نفس الكتاب (١/ ١٨٨).

(١) انظر حاشية الدسوقي (٣/ ١٥)، وقال في الشرح الصغير (٣/ ٣٠، ٣١): «لا بد من كون الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري، وإلا فسد البيع. وجهل أحدهما كجهلهما، سواء علم العالم بجهل الجاهل أو لا، وقيل: يخير الجاهل منهما إذا لم يعلم العالم بجهله» اهـ.

وقال الحطاب في مواهب الجليل (٤/ ٢٧٦): «من شرط صحة البيع أن يكون معلوم العوضين، فإن جهل الثمن، أو المثمون، لم يصح البيع، وظاهر كلامه أنه متى حصل الجهل بأحد العوضين من المتبايعين أو من أحدهما فسد البيع، وصرح بذلك الشارح في الكبير، وهو ظاهر التوضيح أيضا، وقال ابن رشد في رسم أوصى من سماع يحيى من جامع البيوع، وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصلح: لا يكون البيع فاسدًا إلا إذا جهلا معًا قدر المبيع، أو صفته، أو جهل ذلك أحدهما وعلم الآخر بجهله، وتبايعًا على ذلك، أما إذا علم أحدهما، وجهل الآخر، ولم يعلم بجهله، فليس ببيع فاسد، وإنما هو في الحكم كبيع غش وخديعة، يكون الجاهل منهما إذا علم مخيرًا بين إمضاء البيع أو رده».

المشتري جنس المبيع فضلًا عن معرفة صفته، كما لو قال: بعتك ما في كمي إذا كان الخيار للمشتري بعد رؤيته للمبيع(١).

والدليل على اشتراط كون المعقود عليه معلومًا، أدلة كثيرة، منها:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

فاشترطت الآية الرضا، والرضا لا يتعلق إلا بمعلوم.

ومنها: النهي عن بيع الغرر، وهو أصل متفق عليه في الجملة

(ح - ٦٧) لما رواه مسلم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج عن أبي هريرة ﷺ، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر(٢).

ومنه ما ثبت في الأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الملامسة والمنابذة، وحبل الحبلة، وإنما نهي عنها لما فيها من عدم العلم بالمبيع،

قال النووي: «واعلم أن بيع الملامسة، وبيع المنابذة، وبيع حبل الحبلة، وبيع الحصاة، وبيع عسب الفحل، وأشباهها من البيوع التي جاء فيها نصوص خاصة، وهي داخلة في النهي عن بيع الغرر، ولكن أفردت بالذكر، ونهي عنها لكونها من بيوعات الجاهلية المشهورة، والله أعلم»(٣).

وكل هذه الأحاديث سوف نسوقها بأسانيدها إن شاء الله تعالى في مباحث مستقلة.

---

(١) فتح القدير (٥/ ١٣٧)، وقال ابن عابدين في حاشيته (٤/ ٢٩): «ولو قال: بعتك ما في كمي فعامتهم على الجواز». وانظر المنتقى للباجي (٤/ ٢٨٧، ٢٨٨).
(٢) مسلم (١٥١٣).
(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٥٧).

❑ وأما حجة من قال: يشترط علم المشتري دون البائع

(ث-١٢) ما رواه الطحاوي من طريق هلال بن يحيى بن مسلم، قال: ثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن رباح بن أبي معروف المكي، عن ابن أبي مليكة عن **علقمة بن وقاص الليثي، قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالًا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة، فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أر، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأن اشتريت ما لم أر، فحكَّما بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان**[1].

[إسناده ضعيف][2].

---

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠).

(٢) في إسناده ثلاث علل:

الأولى: هلال بن يحيى بن مسلم، قال فيه ابن حبان: كان يخطئ كثيرًا، على قلة روايته، لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد، لم يحدث بشيء كثير. المجروحين (٣/ ٨٨)، وانظر لسان الميزان (٦/ ٢٠٢).

الثانية: رباح بن أبي معروف، ذكره النسائي في الضعفاء، وقال: ليس بالقوي. الضعفاء والمتروكين (٢٠٧).

وقال ابن حبان: كان ممن يخطئ، ويروي عن الثقات ما لا يتابع عليه، والذي عندي فيه التنكب عما انفرد به من الحديث، والاحتجاج بما وافق الثقات من الرويات. المجروحين (٣٤٨).

وقال ابن معين: ضعيف. الجرح والتعديل (٣/ ٤٨٩)، تهذيب التهذيب (٣/ ٢٠٣).

وقال أبو حاتم: صالح الحديث. الحرج والتعديل (٣/ ٤٨٩).

وقال أبو زرعة: صالح.

وقال الساجي عن أحمد: كان صالحًا. تهذيب التهذيب (٣/ ٢٠٣).

وكلام أحمد وأبي زرعة يمكن أن يحمل على صلاح الدين، حيث أُطْلِق الصلاح.

وقال عمرو بن علي: كان يحيى بن سعيد وعبد الرحمن بن مهدي لا يحدثان عن رباح ابن أبي معروف. الجرح والتعديل (٣/ ٤٨٩). =

❑ دليل من قال: إذا جهل أحدهما المبيع فللجاهل الخيار.

(ح-٦٨) ما رواه عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن المبارك عن الأوزاعي أن رسول الله ﷺ قال: **لا يحل للرجل أن يبيع طعامًا جزافًا قد علم كيله حتى يعلم صاحبه**[1].

[معضل بين الأوزاعي والنبي ﷺ مفازة].

وهذا الدليل لا ينطبق على المدلول؛ لأن القول بأن للجاهل الخيار قول بصحة البيع وانعقاده؛ لأن ثبوت الخيار فرع عنه، والدليل المسوق فيه النهي عن

= وقال العجلي: لا بأس به. معرفة الثقات (١/ ٣٤٩).

وكون هذا الأثر غريبًا لا يحتمل من رباح ابن أبي معروف، كيف وفي الإسناد غيره أضعف منه، فكل إسناد تفرد فيه الضعفاء كان مدعاة لطرحه، والله أعلم.

العلة الثالثة: وهي الإنقطاع، فابن أبي مليكة لم يسمع من عثمان، كما لم يسمع من طلحة، انظر المراسيل لابن أبي حاتم (١١٣)، وجامع الترمذي (٥/ ٦٨٨)، تهذيب الكمال (١٥/ ٢٥٦)، وقال الذهبي رحمه الله في المهذب في اختصار السنن الكبرى (٤/ ٢٠٣٢): «فيه انقطاع».

وقد رواه البيهقي رحمه الله كما في السنن الكبرى (٥/ ٢٦٨) من طريق عبيد الله ابن عبد المجيد، ثنا رباح ابن أبي معروف به.

وقال النووي في المجموع (٩/ ٣٤٩): «رواه البيهقي بإسناد حسن، لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به، وقد روى مسلم له في صحيحه».

وذكره الزيلعي في نصب الراية، وسكت عليه (٤/ ١٠)، وذكره ابن حجر في التلخيص (٣/ ٦) وسكت عليه.

وجاء في كشف الخفاء (٢/ ٣٠٣): «نقل عن الحافظ ابن حجر أنه قال في تخريجه لأحاديث الهداية: لا أصل له، فليراجع».

قلت: قد راجعت ذلك الكتاب للحافظ ابن حجر ووجدت فيه الأثر برقم (٧٦٨) وسكت عليه، ولم يقل: لا أصل له، وكونه طلب أن يراجع الكتاب دليل على أنه لم يطلع عليه، وإنما ذكر له ذلك، وتبين أنه ليس بدقيق.

(١) مصنف (١٤٦٠٢).

بيع الرجل الطعام، وهو يعلم كيله جزافًا حتى يعلم صاحبه، والأصل في النهي المنع.

❑ دليل من أجاز البيع مع الجهل بجنس المبيع.

يقول الباجي: «المعاوضة في العين الغائبة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لا تصح إلا بصفتها، أو برؤية متقدمة... أما إذا كانت على وجه المكارمة، والمواصلة... فتصح، ولو لم تذكر الصفة والجنس... ومقتضى البيع المغابنة، والمكايسة، ولذا لا ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه، فإذا شرط المشتري الخيار لنفسه، فقد صرح بالمكارمة، فيصح العقد؛ لأنه لا غرر فيه، إذ البائع قد علم صفة ما باع، فلا غرر عليه، والمبتاع بالخيار، فلا غرر عليه أيضًا»[(١)].

والراجح اشتراط العلم في المبيع والثمن، لأن جهالة أحدهما تفضي إلى الغرر والنزاع.

وتطبيقات هذا الشرط كثيرة جدًا، ويدخل فيه مسائل منها:

هل يشترط للعلم بالمبيع الرؤية، أم يكفي الوصف؟

وهل يشترط رؤية جميع المبيع، أم تكفي رؤية بعضه؟

ومتى تكون الرؤية؟ هل تكون عند العقد، أو يصح أن تكون قبله؟

كما يبحث في هذا الشرط فروع منها:

حكم بيع ما يسمى اليوم بالبوفيه المفتوح، وحكم بيع اللبن في الضرع، والحمل في البطن، وبيع ثوب من الثياب، أو شاة من القطيع، وبيع مقدار من

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٨٧، ٢٨٨).

الصبرة، والبيع بما ينقطع به السعر، والبيع بما باع به زيد، وجهلاه أو جهله أحدهما، وغيرهما من المسائل التي تدخل في اشتراط العلم بالمعقود عليه.

وقد تعرضت لهذه المسائل ولله الحمد في باب موانع البيع، فانظرها هناك مشكورًا.



الشرط الرابع
أن يكون المعقود عليه مقدورًا على تسليمه

[م - ١٣٦] الشرط الرابع في المعقود عليه أن يكون مقدورًا على تسليمه، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب الجمهور إلى أنه يشترط في المعقود عليه من مبيع وثمن القدرة على تسليمه، فإن كان المبيع أو الثمن غير مقدور على تسليمه لم يصح البيع(١).

القول الثاني:

ذهب الحنفية في التفريق بين المبيع والثمن، فيشترط في المبيع القدرة على تسليمه، ولا يشترط ذلك في الثمن(٢).

القول الثالث:

ذهب ابن حزم رحمه الله تعالى إلى أنه لا يشترط في البيع القدرة على التسليم(٣).

---

(١) انظر في مذهب المالكية: أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٤٠، ٢٤١)، شرح حدود ابن عرفة (ص٢٣٩)، التاج والإكليل (٤/ ٢٦٨)، حاشية العدوي (٢/ ١٣٧)، المنتقى للباجي (٥/ ٤١).

وفي مذهب الشافعية، جاء في إعانة الطالبين (٣/ ١١): «ويشترط أيضًا قدرة تسليمه: أي قدرة كل من العاقدين على تسليم ما بذله للآخر، المثمن بالنسبة للبائع، والثمن بالنسبة للمشتري». وانظر المهذب (١/ ٢٦٣).

وفي مذهب الحنابلة: انظر المغني (٤/ ١٤٢)، المبدع (٤/ ٢٣)، كشاف القناع (٣/ ١٦٢).

(٢) المبسوط (١٤/ ٢، ٣).

(٣) المحلى مسألة (١٤٢٣).

❑ تحرير محل الخلاف:

الضابط في هذا الباب: أن كل ما عجز عن تسليمه حسًا، فهو داخل في هذا المبحث، وأما ما عجز عن تسليمه شرعًا لحق آدمي، كالمرهون، فإنه يصح بيعه، ويقف اللزوم فيه على إجازة المرتهن، إذ الحق له، فيكون اشتراطه في اللزوم لا في الصحة، إذ هي حاصلة بدونه[١].

❑ دليل الجمهور:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

وبيع ما لا يقدر على تسليمه من أكل أموال الناس بالباطل، خاصة إذا لم يتمكن المشتري من قبض المبيع، والتصرف فيه، والذي هو المقصود من عملية البيع.

الدليل الثاني:

(ح-٦٩) حديث حكيم بن حزام، وقول النبي ﷺ له: «**لا تبع ما ليس عندك**»[٢].

والمراد: لا تبع ما لست قادرًا على تسليمه، كما بينا ذلك في بحث سابق.

الدليل الثالث:

(ح-٧٠) حديث أبي هريرة في النهي عن بيع الغرر[٣].

---

(١) عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٦٢٢).

(٢) سبق تخريجه، انظر حديث (٢٣١).

(٣) مسلم (١٥١٣).

وما لا يقدر على تسليمه فيه غرر ظاهر؛ لأن عاقبته مستورة، فلا يدري المتعاقد هل يحصل عليه، أم لا.

الدليل الرابع:

ولأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه.

وفي بيع المعدوم خلاف سوف أبحثه إن شاء الله تعالى بشكل مستقل لأهميته.

الدليل الخامس:

ولأن بيع ما لا يقدر على تسليمه من بيع الميسر المنهي عنه؛ لأن العادة أن بيع ما لا يقدر على تسليمه سوف يباع بثمن أقل من ثمنه الحقيقي، فإن وجده المشتري صار غانمًا، وإن لم يتمكن من تسلمه صار غارمًا، وهذا هو حقيقة الميسر المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

❑ دليل الحنفية في التفريق بين المبيع وبين الثمن.

الدليل الأول:

(ح - ٧١) رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سماك ابن حرب، عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ، هو يريد أن يدخل بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا، وبينكما شيء**[1].

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).

[اختلف في رفعه ووقفه، ورجح شعبة والدارقطني وقفه][(١)].

وجه الاستدلال:

قال السرخسي: «إذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض، ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد؛ لأن في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد، وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط؛ لأن اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك العين، والثمن دين في الذمة، أو للقدرة على التسليم، ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد»[(٢)].

الدليل الثاني:

الأصل في البيع هو المبيع دون الثمن، فالمقصود في البيع هو المبيع، والثمن وسيلة إليه، ولذلك جاز البيع بدون ذكر الثمن ويكون له ثمن المثل، كما سيأتي بحثه إن شاء الله تعالى، ولا يجوز البيع دون ذكر المبيع، والمبيع يتعلق بالعين، والثمن يتعلق بالذمة.

❑ دليل ابن حزم على صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه.

قال ابن حزم: «التسليم لا يلزم، ولا يوجبه قرآن، ولا سنة ولا دليل أصلا، وإنما اللازم ألا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشترى منه فقط فيكون إن فعل ذلك عاصيا ظالمًا».

ولا يرى ابن حزم في عدم القدرة على التسليم غررًا، لأنه يحصر الغرر فيما كان مجهول القدر أو الصفة.

---

(١) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر حديث (١١٢).

(٢) المبسوط (١٤/ ٢، ٣).

قال ابن حزم: «ليس هذا غررًا؛ لأنه بيع شيء قد صح ملك بائعه عليه، وهو معلوم الصفة والقدر، فعلى ذلك يباع، ويملكه المشتري ملكًا صحيحًا، فإن وجده فذلك، وإن لم يجده فقد استعاض الأجر الذي هو خير من الدنيا وما فيها، وربحت صفقته. ولو كان هذا غررًا لكان بيع الحيوان كله، حاضره وغائبه غررًا لا يحل، ولا يجوز؛ لأنه لا يدري مشتريه أيعيش ساعة بعد ابتياعه أم يموت، ولا يدري أيسلم أم يسقم... وإنما الغرر ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد. فإن قالوا: فلعله ميت حين العقد، أو قد تغيرت صفاته؟

قلنا: هو على الحياة التي قد صحت له حتى يوقن موته، وعلى ما تيقن من صفاته حتى يصح تغييره، فإن صح موته ردت الصفقة، وإن صح تغيره فكذلك أيضًا. ولئن قلتم: إن هذا يمنع من بيعه فامنعوا من بيع كل غائب من الحيوان - ولو أنه خلف الجدار - إذ لعله قد مات للوقت حين عقد الصفقة، أو تغير بكسر، أو وجع، أو عور. نعم، وامنعوا من بيع البيض، والجوز، واللوز، وكل ذي قشر، إذ لعله فاسد، ولا فرق بين شيء من ذلك؟

وإنما الغرر ما أجزتموه من بيع المغيبات التي لم يرها أحد قط: من الجزر، والبقل، والفجل، ولعلها مستاسة، أو معفونة، وما أجازه بعضكم من بيع ما لم يخلق بعد من بطون المقاثي التي لعلها لا تخلق أبدًا - ومن لبن الغنم شهرين، أو ثلاثة، ولعلها تموت، أو تحارد، فلا يدر لها شخب، ومن بيع لحم شاة مذبوحة لم تسلخ بعد، فلا يدري أحد من خلق الله تعالى ما صفته - فهذا وأشباهه هو بيع الغرر المحرم، وقد أجزتموه، لا ما صح ملكه، وعرفت صفاته»(١).

---

(١) المحلى (مسألة: ١٤٢٣).

ويناقش ابن حزم:

بأنه ﷺ جعل الغرر هو في مجهول الصفة والمقدار فقط، وهذا فيه نظر، وقد بين القرافي في الفروق الفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر، فقال: «اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى، وأصل الغرر هو الذي لا يدرى، هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء والسمك في الماء؟

وأما ما علم حصوله، وجهلت صفته فهو المجهول، كبيعه ما في كمه، فهو يحصل قطعًا، لكن لا يدرى أي شيء هو، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه، أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق، لا جهالة فيه، وهو غرر؛ لأنه لا يدري هل يحصل أم لا؟

والجهالة بدون الغرر كشراء حَجَرٍ يراه لا يدري، أزجاج هو أم ياقوت؟ مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به، وأما اجتماع الغرر والجهالة، فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق»(١).

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأقوال والحجج أرى أن القول بعدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه أقوى دليلًا، وأحفظ لأموال الناس.

وتطبيقات هذا الشرط كثيرة، منها:

(١) بيع الآبق والشارد.

---

(١) الفروق (٣/ ٢٦٥).

(٢) بيع الطير في الهواء، والسمك في الماء.

(٣) بيع المعدوم.

(٤) بيع المغصوب.

(٥) بيع الشيء قبل قبضه.

(٦) بيع الدين.

(٧) بيع الرجل ما ليس عنده. وقد ذكرت هذه المسائل، ولله الحمد وحده في باب موانع البيع (في مبحث الغرر) فارجع إليها مشكورًا.



الشرط الخامس
أن يكون المعقود عليه مالاً

[م - ١٣٧] المالية شرط عند الجميع، ويضيف الحنفية وصفًا آخر للمال، وهو أن يكون متقومًا بناء على تقسيمهم المال إلى متقوم وغير متقوم، فالخمر عندهم مال، ولكنه غير متقوم.

يقول ابن عابدين في حاشيته:

«المال أعم من المتقوم(١)؛ لأن المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم...»(٢).

وقال أيضًا: «فما يباح بلا تمول لا يكون مالًا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم..»(٣).

وأما بقية المذاهب فلم يذهبوا معهم إلى هذا التقسيم، فما ليس بمتقوم لا يعد عندهم مالًا وقد تكلمنا على أدلة الفريقين في باب تقسيم المال، فانظره هناك.



(١) في المطبوع (المتمول) وهو خطأ.
(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).
(٣) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

الشرط السادس
أن يكون المبيع مملوكًا في ذاته وليس مباحًا

[م - ١٣٨] يشترط أن يكون المبيع مملوكًا في ذاته، ولو لغير البائع، فلا ينعقد بيع المباحات المعينة كالسمك، والكلأ، وحطب البوادي، والماء قبل حيازته.

قال في تبيين الحقائق: «لا يجوز بيع الكلأ؛ لأنه ليس بمملوك، إذ لا يملكه بنباته في أرضه ما لم يحرزه، لقوله ﷺ: «**المسلمون شركاء في ثلاثة: في الماء، والكلأ والنار...**»[1]، وهو محمول على ما إذا لم يحرزه»[2].

فالمال غير المحرز من المباحات، كالسمك في الماء، والطير في الهواء، والأشجار في البراري، ومثله الذهب في مناجمه، والفضة في معادنها، لا يصح بيعها؛ لأنه غير مملوك قبل حيازته، ولو أتلفه متلف لم يضمنه؛ لأنه لا حماية له قبل حيازته.

وقد استدل لعدم مشروعية بيع ما لا يملكه الإنسان بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، وفيه: لا تبع ما ليس عندك.

وقد تكلمت في بيع الكلأ وبيع الماء قبل حيازته في مباحث مستقلة.

كما تكلمنا عند الكلام على أحكام العاقد في مسألة بيع الفضولي باعتباره غير مالك للمعقود عليه، ولا مأذون له في التصرف، فأغنى عن إعادته هنا. والحمد لله.

---

(١) سيأتي تخريجه، إن شاء الله تعالى، انظر (ح٣٣٦).

(٢) تبيين الحقائق (٤/ ٤٨).

الشرط السابع
هل يشترط وجود المبيع حال العقد

[م - ١٣٩] هذه الشرط راجع إلى مسألة (حكم بيع المعدوم)، وقد اختلف الفقهاء في جواز بيعه على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن بيع المعدوم لا يجوز، مع اتفاقهم على جواز بيع السلم، وقد لا يكون موجودًا وقت العقد.

قال ابن نجيم: «وأما شرائط المعقود عليه: فأن يكون موجودًا... وأن يكون مقدور التسليم، فلم ينعقد بيع المعدوم»(١).

ويقول الكاساني في الكلام على شروط انعقاد البيع: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع، منها أن يكون موجودًا فلا ينعقد بيع المعدوم...»(٢).

وفي الفتاوى الهندية: «وأما شرائط الانعقاد فأنواع، منها في العاقد... ومنها في المبيع: وهو أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم...»(٣).

وقال القرافي الملكي في الفروق: «بيع المجهول الموجود باطل قطعًا، فيبطل بطريق الأولى بيع المعدوم»(٤).

وقال الشيرازي في المهذب: «ولا يجوز بيع المعدوم، كالثمرة التي لم تخلق...»(٥).

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٧٩).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨).
(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٢).
(٤) الفروق (٣/ ٢٩٦).
(٥) المهذب (١/ ٢٦٢).

وقال النووي في المجموع: «بيع المعدوم باطل بالإجماع...»[1].

ويقول ابن قدامة في الكافي: «ولا يجوز بيع المعدوم؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر. رواه مسلم»[2].

القول الثاني:

صحح ابن تيمية وابن القيم، بيع المعدوم إذا كان ذلك لا يتضمن محذورًا آخر من غرر ونحوه.

وقد ذكرت أدلة القولين في باب البيوع المنهي عنها، في باب النهي عن بيع الغرر، فانظره هناك مشكورًا.



---

(١) المجموع (٩/ ٣١٠).

(٢) الكافي (٢/ ١٠).

الفصل الثالث
في شروط الثمن

المبحث الأول
ما يشترط في المبيع يشترط في الثمن

[م - ١٤٠] ذكرنا شروط الثمن ضمن شروط المبيع، وجمعنا ذلك تحت عنوان، شروط المعقود عليه، ليشمل المبيع والثمن، وقد وقع خلاف بين العلماء، هل الشروط التي يجب توفرها في المبيع تعتبر في الثمن أو لا؟

فذهب الحنفية إلى أن الشروط التي يجب توفرها في المبيع لا يشترط توفرها في الثمن، بل إن الحنفية لا يشترطون في الثمن إلا شرطًا واحدًا، وهو أن يكون مالًا.

جاء في البدائع: «وكون الثمن مالًا في الجملة شرط الانعقاد»(١).

وقال الشيخ الزرقاء رَحِمَهُ اللَّهُ: «لا يشترط في الثمن لانعقاد البيع سوى شرط واحد، هو أن يكون مالًا بالمعنى الشرعي.

أما التقوم فليس في الثمن شرط انعقاد، بل شرط صحة للعقد، في النظر الفقهي عند الحنفية»(٢).

فهنا فرق الحنفية بين المبيع والثمن:

فالتقوم في المبيع عندهم شرط لانعقاد البيع؛ لأنه هو المقصود الأصلي من

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥).

(٢) عقد البيع (ص٣١).

العقد، ولأن الانتفاع يكون بالأعيان لا بالأثمان، فلو كان المبيع خمرًا، أو خنزيرًا، كان البيع باطلًا.

وأما التقوم في الثمن فليس شرطًا للانعقاد، وإنما شرط للصحة، فلو كان الثمن خمرًا، أو خنزيرًا، لم يبطل العقد، وإنما يكون العقد فاسدًا[(١)].

وتقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، هو مما انفرد به الحنفية، كما أن التفريق بين الفاسد والباطل في العقود مما وقع فيه نزاع بين الفقهاء، وقد سبق بحثه.

❑ وجه التفريق بين المبيع والثمن:

أن المبيع هو المقصود بالعقد، فإذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة، وفيه إعزاز لها، والشرع أمر بإهانتها.

وأما الثمن فهو وسيلة إلى المقصود، فإذا كان الثمن مالًا غير متقوم، فالعقد فاسد، ويملكه بالقبض، وتجب فيه القيمة.

وذهب الجمهور إلى أن ما يشترط في المبيع يشترط في الثمن؛ لأن كلًا منهما معقود عليه.

قال الزنجاني: «معتقد الشافعي رضي الله عنه، أن موجب عقود المعاوضات التسوية بين العوض والمعوض، ذاتًا، ووصفًا، وحكمًا.

أما ذاتًا، فبأن يكون كل واحد منهما مالًا.

وأما وصفًا: فبأن يكون كل واحد منهما جائزًا أن يكون حالًا، ومؤجلًا، ودينًا، وعينًا.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٢١٢).

وأما حكمًا: فبأن يكون كل واحد منهما ركنًا مقصودًا بالعقد»[(١)].

وجاء في إعانة الطالبين: «وكما لا يصح جعل النجس مبيعًا، لا يصح أيضًا جعله ثمنًا؛ إذ الطهر شرط للمعقود عليه مطلقًا، ثمنًا كان أو مثمنًا، ومثله يقال في بقية الشروط»[(٢)].

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية:

«يشترط في الثمن ما يشترط في المبيع»[(٣)].

والراجح: عدم التفريق بين المبيع والثمن في هذه المسألة بخصوصها.



(١) تخريج الفروع على الأصول (ص١٩٧).

(٢) إعانة الطالبين (٣/ ٩).

(٣) المادة (٣٥٤).

المبحث الثاني
في الجهالة بالثمن

[م -١٤١] أخذنا في فصل سابق أنه يشترط لصحة البيع العلم بالمبيع، فهل يشترط ذلك في الثمن باعتبار أن الثمن هو أحد العوضين، وما يشترط في المبيع يشترط في الثمن، فلو أن رجلًا باع سلعته من غير أن يذكر الثمن، فهل يصح البيع مع الجهل بالثمن، أو لا يصح البيع؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ينعقد البيع فاسدًا، ويثبت الملك إذا قبضه، وتجب به القيمة وهذا مذهب الحنفية(١).

---

(١) قال الزيلعي في تبيين الحقائق (٤/ ٦١): «أجمعوا أنه إذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد - يعني البيع -. . . .

وقال في الإيضاح: لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك إذا اتصل به القبض؛ لأن مقتضى البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة، فإذا سكت عن الثمن كان عوضه قيمته، فيصير كأنه قال: بعت بالقيمة، وهكذا جميع البيعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة، بخلاف ما إذا قال: بعت بغير ثمن؛ لأنه لما نفى الثمن لم يمكن إثبات المعاوضة بمقتضى البيع؛ لأنه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه، وإذا لم تثبت المعاوضة لم يكن بيعًا.

وقال في التحفة: لو قال بعت منك هذا العبد، ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة، ولو قال: بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك».

وانظر بدائع الصنائع (٥/ ١٨٣).

القول الثاني:

البيع باطل، وهو مذهب المالكية(١)، ومذهب الشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

القول الثالث:

اختار ابن تيمية صحة البيع(٤).

□ دليل الجمهور على بطلان البيع:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فاشترطت الآية الرضا، والرضا لا يتعلق إلا بمعلوم.

ومنها: النهي عن بيع الغرر، وهو أصل متفق عليه في الجملة

(ح-٧٢) لما رواه مسلم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج عن

---

(١) انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٧٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٥)، منح الجليل (٤/ ٤٦٥)، الشرح الصغير (٣/ ٣٠، ٣١).

(٢) قال النووي في المجموع (٩/ ٢٠٢): «يشترط في صحة البيع أن يذكر الثمن في حال العقد فيقول: بعتكه بكذا، فإن قال: بعتك هذا واقتصر على هذا فقال المخاطب: اشتريت أو قبلت، لم يكن هذا بيعًا بلا خلاف، ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب وبه قطع الجمهور، وقيل: فيه وجهان: أصحهما هذا. والثاني: يكون هبة».
وانظر الأشباه والنظائر للسوطي (ص١٦٦)، أسنى المطالب (٤/ ٤٧٩)، البحر المحيط (٢/ ٢٨).

(٣) كشاف القناع (٣/ ١٧٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٨)، الإنصاف (٤/ ٣٠٩).

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٤/ ٣٠٩): «واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: صحة البيع، وإن لم يسم الثمن، وله ثمن المثل كالنكاح».
وقال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٨٧): «ولو باع، ولم يسم الثمن، صح بثمن المثل كالنكاح».

أبي هريرة رضي الله عنه، قال: **نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر**(١).

وكون الثمن مجهولًا داخل في الغرر المنهي عنه.

وإذا كان العلم بالمبيع شرط في صحة البيع، وسبق ذكر الأدلة على هذا في مسألة مستقلة فالثمن أحد العوضين، فما يشترط في المثمن يشترط في الثمن، ولا فرق(٢).

❑ أدلة ابن تيمية على صحة البيع:

الدليل الأول:

(ح-٧٣) ما رواه البخاري من طريق سفيان، حدثنا عمرو، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويرده، ثم يتقدم، فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: **بعنيه**. قال: هو لك يا رسول الله. قال: **بعنيه**، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: **هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت**(٣).

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ اشترى من عمر بعيره، ووهبه لعبد الله بن عمر، دون ذكر للثمن.

الدليل الثاني:

إذا كان الشارع قد جوز النكاح بدون تسمية المهر، قال تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

---

(١) مسلم (١٥١٣).

(٢) انظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧).

(٣) البخاري (٢١٦٦).

قال ابن العربي: «لما قسم الله تعالى حال المطلقة إلى قسمين: مطلقة سمي لها فرض، ومطلقة لم يسم لها فرض، دل على أن نكاح التفويض جائز، وهو كل نكاح عُقِدَ من غير ذكر الصداق، ولا خلاف فيه»[1].

ولها مهر مثلها، فكون البيع يجوز بثمن المثل من باب أولى؛ لأن المبيع يوجد مثله كثيرًا، بخلاف المرأة فإن وجود مثلها من نسائها في صفاتها المقصودة من كل وجه قد يتعذر.

ويجاب:

بأن النكاح لا يشبه البيوع، قال ابن حزم: «ما ندري في أي وجه يشبه النكاح البيوع، بل هو خلافه جملة؛ لأن البيع نقل ملك، وليس في النكاح ملك أصلًا... والخيار جائز عندهم في البيع مدة مسماة، ولا يجوز في النكاح، والبيع بترك رؤية المبيع، وترك وصفه باطل لا يجوز أصلًا، والنكاح بترك رؤية المنكوحة وترك وصفها جائز... فبطل تشبيه النكاح بالبيع جملة»[2].

الدليل الثالث:

القياس على الهبة بشرط الثواب، فهي عقد معاوضة عند الفقهاء، وقد قالوا بصحتها مع أنه لم يذكر فيها الثمن.

وكذلك أجاز عامة الفقهاء أن يقول الرجل: اعتق عبدك عني، وعلي ثمنه، وهذه معاوضة بثمن المثل.

كما أجاز كثير من الفقهاء عقد الإجارة بأجرة المثل، وهي بيع منافع.

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٢٩٢).

(٢) المحلى (٩/ ٢٨٥).

❑ الراجح:

جواز البيع من غير ذكر الثمن؛ لأن البائع والمشتري حين تبايعا من غير ذكر للثمن كان لسان حالهما أنهما قد تراضيا في أخذ السلعة بثمن المثل، فإذا تراضيا على ذلك جاز، والثمن وإن لم يكن مقدرًا هنا لكنه قابل للتقدير، كما أن الأخذ بقيمة المثل أدعى للعدل مما لو شراها بثمن مسمى، فقد يبيعها عليه بأكثر من قيمتها، ولا يزال الناس يتعاملون بهذا إلى اليوم، فيأخذ الرجل حاجته من البقال، أو اللحام، أو الفاكهي، ولا يتفقان على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه في آخر الشهر، وكان هذا البيع صورة من صور بيع المعاطاة، وقد سبق الأدلة على جوازه، والله أعلم.



المبحث الثالث
إبهام الثمن على وجه التخيير

[م - ١٤٢] إذا قال الرجل للرجل: بعتك هذه السلعة بعشرة نقدًا، أو بعشرين نسيئة، وتفرقا دون القطع بأحد الثمنين فقد اختلف العلماء في حكم البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

البيع لا يصح، وهو مذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٣).

القول الثاني:

إن وقع البيع على وجه اللزوم، فالبيع باطل، وإن وقع على وجه الاختيار، فالبيع صحيح، وهذا مذهب مالك في المدونة(٤).

---

(١) المبسوط (١٣/ ٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥٨)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٣٨)، فتح القدير (٦/ ٢٦٢).

(٢) المهذب (١/ ٢٦٦)، التنبيه (ص٨٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٠)، الوسيط (٣/ ٧٢).
وقد فرق النووي في الروضة بين صيغة التخيير، وبين صيغة الجمع، فقال: «أن يقول: بعتكه بألف نقدًا، أو بألفين نسيئة، فخذه بأيهما شئت، أو شئت أنا، وهو باطل، أما لو قال: بعتك بألفين نقدًا، وبألفين نسيئة... فيصح العقد».

(٣) الإنصاف (٤/ ٣١١)، الكافي (٢/ ١٧)، كشاف القناع (٣/ ١٧٤)، المغني (٤/ ١٦١).

(٤) جاء في المدونة (٤/ ١٥١): «أرأيت إن قال له: اشتر مني سلعة، إن شئت بالنقد فبدينار، وإن شئت إلى شهرين فبدينارين، وذلك في طعام أو عرض، ما قول مالك في ذلك؟
قال: قول مالك في ذلك: إن كان هذا القول منه، وقد وجب البيع على أحدهما، ليس له أن يرجع في البيع، فالبيع باطل، وإن كان هذا القول منه، والبيع غير لازم لأحدهما، إن =

القول الثالث:

البيع صحيح، وهو اختيار ابن القيم[١]، وخرجه بعضهم وجهًا في مذهب الحنابلة[٢].

وبعضهم يمنع البيع من باب منع الزيادة مقابل التأجيل، وهي مسألة سوف أناقشها في بحث مستقل إن شاء الله تعالى[٣].

❑ دليل من قال: لا يصح البيع.

= شاءا أن يرجعا في ذلك رجعا؛ لأن البيع لم يلزم واحدًا منهما، فلا بأس بأن يأخذ بأي ذلك شاء، إن شاء بالنقد، وإن شاء بالنسيئة».
وانظر مواهب الجليل (٤/ ٣٦٤، ٣٦٥)، المنتقى للباجي (٥/ ٣٩).

(١) أعلام الموقعين (٣/ ٣١١).

(٢) قال في الإنصاف (٤/ ٣١١): «وإن قال: بعتك بعشرة صحاحًا، أو أحد عشر مكسرة، أو بعشرة نقدًا، أو عشرين نسيئة: لم يصح. يعني: ما لم يتفرقا على أحدهما. وهو المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم. ويحتمل أن يصح، وهو لأبي الخطاب. واختاره في الفائق.
قال أبو الخطاب: قياسًا على قوله في الإجارة (إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم).
وفرق بعض الأصحاب بينهما، بأن ذلك جعالة، وهذا بيع، ويغتفر في الجعالة ما لا يغتفر في البيع، ولأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يملك وقوعه إلا على أحد الصفتين. فتتعين الأجرة المسماة عوضًا، فلا يفضي إلى التنازع، والبيع بخلافه، قاله المصنف، والشارح.
قال الزركشي: وفي قياس أبي الخطاب والفرق: نظر؛ لأن العلم بالعوض في الجعالة شرط، كما هو في الإجارة والبيع. والقبول في البيع إلا على إحدى الصفتين. فيتعين ما يسمى لها». انتهى.

(٣) وممن ذهب إلى هذا المذهب زين العابدين ابن علي بن الحسين، والناصر والمنصور بالله، والهادوية والإمام يحيى، انظر نيل الأوطار (٥/ ١٥٢)، الروضة الندية للقنوجي (٢/ ١٠١)، فقه الإمام زيد لأبي زهرة (ص٢٩٣).

الدليل الأول:

(ح-٧٤) ما رواه أحمد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، ثنا محمد ابن عمرو، ثنا أبو سلمة.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة[1].

[إسناده حسن][2].

---

(١) المسند (٢/ ٤٣٢)، وكرره في (٢/ ٤٧٥).

(٢) الحديث مداره على محمد بن عمرو، ويرويه جماعة عن محمد بن عمرو، منهم:

الأول: يحيى بن سعيد القطان.

كما في المسند وتقدم في حديث الباب، والنسائي في المجتبى (٤٦٣٢)، وفي الكبرى (٦٢٢٨)، وابن الجارود في المنتقى (٦٠٠)، والبيهقي (٥/ ٣٤٣)،

الثاني: يزيد بن هارون، كما في المسند (٢/ ٥٠٣)، ولفظه: (نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن لبستين، وأن يحتبي أحدكم في الثوب، وليس بين فرجه وبين السماء شيء، وعن الصماء: اشتمال اليهود، ووصف لنا محمد: جعلها من أحد جانبيه، ثم رفعها).

الثالث: عبدة بن سليمان، كما في سنن الترمذي (١٢٣١)، وصحيح ابن حبان (٤٩٧٣).

الرابع: عبد العزيز الدراوردي، كما في معرفة السنن للبيهقي (٤/ ٣٨١).

الخامس: عبد الوهاب بن عطاء الخفاف، كما في مسند أبي يعلى (٦١٢٤)، وسنن البيهقي (٥/ ٣٤٣).

السادس والسابع: إسماعيل بن جعفر، ومعاذ بن معاذ، ذكرها البيهقي في سننه (٥/ ٣٤٣).

كلهم (يحيى بن سعيد القطان، ويزيد بن هارون، وعبدة بن سليمان، والدراوردي، وعبد الوهاب بن عطاء، وإسماعيل بن جعفر ومعاذ بن معاذ) رووه عن محمد بن عمرو به، بلفظ: نهى عن بيعتين في بيعة.

وخالفهم يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، فرواه عن محمد بن عمرو به، بلفظ: (من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الربا).

أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٣٠٧) رقم ٢٠٤٦١، ومن طريق ابن أبي شيبة أخرجه أبو داود (٣٤٦١)، وابن حبان (٤٩٧٤)، والحاكم في المستدرك (٢٢٩٢)، والبيهقي (٥/ ٣٤٣)، وابن عبد البر في التمهيد (٢٤/ ٣٨٩). =

ونوقش هذا الاستدلال:

القول بأن هذا البيع بيعتان في بيعة غير صحيح، وإنما هو بيعة واحدة في أحد الثمنين.

فحديث نهى عن بيعتين في بيعة، وهو الشرطان في البيع في الحديث الآخر: وهو الذي لعاقده أوكس البيعتين، أو الربا في الحديث الثالث، وذلك سد

= قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.
وتفرد يحيى بن زكريا بهذا اللفظ، ومخالفته لسبعة من الأئمة على رأسهم يحيى القطان، ويزيد ابن هارون، وعبدة بن سليمان يجعل تفرده شاذًا غير مقبول. هذا ما تقتضيه قواعد الحديث.
قال صاحب عون المعبود (٩/ ٢٣٩): «وبهذا يعرف أن رواية يحيى بن زكريا فيها شذوذ كما لا يخفى». وانظر تحفة الأحوذي (٤/ ٣٥٩).
وقال الخطابي في معالم السنن (٥/ ٩٧): «لا أعلم أحدًا قال بظاهر هذا الحديث، وصحح البيع بأوكس الثمنين، إلا شيء يحكى عن الأوزاعي، وهو مذهب فاسد، وذلك لما تتضمنه هذه العقدة من الغرر والجهل». اهـ
قلت: صح القول كذلك عن شريح كما سيأتي إن شاء الله.
وروي هذا اللفظ - أعني قوله: فله أوكسهما - عن أنس بإسناد معلق، ذكره العقيلي في الضعفاء (١/ ٩٢)، وابن عدي في الكامل (١/ ٢٨٢)، والمزي في تهذيب الكمال (٣/ ٢٠٠) في ترجمة إسماعيل بن مسلم المكي، قال يحيى بن سعيد القطان، وقد سئل عن إسماعيل بن مسلم المكي، قيل له: كيف كان في أول أمره، قال: لم يزل مخلطًا، كان يحدثنا بالحديث الواحد على ثلاثة ضروب، قال: وروى عن ابن سيرين، عن أنس، من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما، أو الربا.
ولعل رواية ابن سيرين التي أخطأ فيها إسماعيل هذا هي ما رواه ابن سيرين، عن شريح من قوله، فأخطأ فيه إسماعيل رحمه الله، فقد رواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٦٢٩) أخبرنا معمر والثوري، عن أيوب، عن ابن سيرين، عن شريح، قال: من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا.

لذريعة الربا، فإنه إذا باعه السلعة بمائتين مؤجلة، ثم اشتراها منه بمائة حالة فقد باع بيعتين في بيعة، فإن أخذ الثمن الزائد أخذ الربا، وإن أخذ بالناقص أخذ بأوكسهما، وهذا من أعظم الذرائع إلى الربا، وأبعد كل البعد من حمل الحديث على البيع بمائة مؤجلة أو خمسين حالة[١].

وسيأتي إن شاء الله الكلام على بيعتين في بيعة، وكلام السلف فيهما مقارنًا بكلام الفقهاء في مبحث مستقل، أسأل الله وحده العون والتوفيق.

الدليل الثاني:

علل بعضهم المنع بجهالة الثمن، لأننا لا ندري، هل الثمن هو النقد، أو الثمن هو النسيئة، فلم يعقد على ثمن بعينه[٢]، ولعدم وجود ما يصلح أن يكون إيجابًا.

وعلل بعضهم المنع بتعليق البيع، وتعليق البيع عندهم غير جائز[٣].

ونوقش هذا:

بأن عدم تحديد أحد الثمنين في الإيجاب، لا يمنع من صحة البيع، وسوف يأتينا إن شاء الله تعالى صحة البيع بما ينقطع به السعر، وصحة البيع بسعر يومه، وبما يبيع به زيد، وكل ذلك ليس فيه تحديد للثمن.

وأما القول بالبطلان بسبب تعليق البيع فهذا مذهب ضعيف، والصحيح جواز البيع بالتعليق، كما لو قلت: أبيعك إن رضي والدي، وسوف أناقش هذه المسألة في بحث مستقل إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر أعلام الموقعين (٣/ ٤٠١).

(٢) انظر المهذب (١/ ٢٦٧)، فتح القدير (٦/ ٢٦٢)، الكافي (٢/ ١٧).

(٣) الوسيط (٣/ ٧٢).

الدليل الثالث:

القياس على ما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، فإذا كانت هذه الصيغة غير صالحة للبيع، فلا يجوز بعتك بألف نقدًا، أو بألفين نسيئة.

ويناقش:

بأن هناك فرقًا بين الصيغتين، فالمبيع في قولك: (بعتك أحد هذين العبدين) لم يتحدد المبيع، وأما قولك: بعتك بألف نقدًا، أو بألفين نسيئة، فالمبيع واحد متعين، والتخيير بالثمن.

❑ دليل من قال: البيع باطل إن وقع لازما، وصحيح إن وقع على التخيير:

ذكر ابن رشد الإجماع على بطلان العقد إن وقع على وجه اللزوم[١]، قال في بداية المجتهد «. . . وهو أن يقول له: أبيعك هذا الثوب نقدًا بكذا، أو نسيئة بكذا، فهذا إذا كان البيع فيه واجبًا، فلا خلاف في أنه لا يجوز، وأما إذا لم يكن البيع لازمًا في أحدهما فأجازه مالك. . . وجعله مالك من باب الخيار؛ لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر، وهذا عند مالك هو المانع. . . فعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا؛ لإمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولًا إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل، ثم بدا له، ولم يظهر ذلك، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني، فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني، فيدخله ثمن بثمن نسيئة، أو نسيئة و متفاضلًا، وهذا كله إذا كان الثمن نقدًا، وإن كان الثمن غير نقد، بل طعامًا، دخله وجه آخر، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلًا»[٢].

---

(١) في حكاية الإجماع على البطلان تأمل، فإن ظاهر اختيار ابن القيم الجواز.

(٢) بداية المجتهد (٢/ ١١٥، ١١٦).

وهذا من مبالغة المالكية في سد باب الذرائع، فإن المشتري إذا اختار في نفسه أحد الثمنين لم يكن ذلك بيعًا حتى يتكلم به، ومجرد الاختيار النفسي لا يلزم الشخص أبدًا، لا في بيع، ولا في نكاح، ولا في طلاق، حتى يتلفظ بذلك.

❑ دليل من قال: البيع صحيح.

الدليل الأول:

(ث - ١٣) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن يحيى ابن سعيد، **أن عمر أجلى أهل نجران: اليهود والنصارى، واشترى بياض أرضهم وكرومهم، فعامل عمر الناس: إن هم جاؤوا بالبقر والحديد من عندهم، فلهم الثلثان، ولعمر الثلث، وإن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر**... الأثر(١). [منقطع، يحيى لم يدرك عمر](٢).

الدليل الثاني:

الأصل صحة البيع حتى يوجد دليل من كتاب، أو سنة، أو إجماع يبطل مثل هذا العقد، أو يتضمن محذورًا يدعو إلى إبطال العقد كالربا، والجهالة، والغرر، فلما لم يوجد مثل ذلك دل هذا على صحة مثل هذا العقد، غاية ما في الأمر أنه خيره بين أي الثمنين يريد، وهذا لا حرج فيه.

---

(١) المصنف (٧/ ٤٢٦) رقم: ٣٧٠١٦ .

(٢) وهذا الأثر المرسل، قد يعضده ما رواه البيهقي (٦/ ١٣٥) من طريق حماد بن سلمة، عن إسماعيل بن أبي حكيم، عن عمر بن عبد العزيز، أن رسول الله ﷺ قال في مرضه الذي مات فيه: **قاتل الله اليهود والنصارى، اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد، لا يبقين دينان بأرض العرب**، فلما استخلف عمر بن الخطاب ﷺ أجلى أهل نجران إلى البحرانية، واشترى عقارهم، وأموالهم... واستعمل يعلى بن أمية، فأعطى البياض على إن كان البذر، والبقر، والحديد من عمر، فلعمر الثلثان، ولهم الثلث، وإن كان منهم فلهم الشطر... الأثر. وهذا مرسل آخر. =

الدليل الثالث:

استدل بعضهم بقوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ۖ﴾ [القصص: ٢٧].

قال ابن كثير: «وقد استدلوا بهذه الآية الكريمة لمذهب الأوزاعي فيما إذا قال: بعتك هذا بعشرة نقدًا، أو بعشرين نسيئة، أنه يصح، ويختار المشتري، وبأيهما أخذه صح...»[١].

ولم يقبل ابن كثير هذا الاستدلال، واعتذر عن بيان وجه الضعف فيه بأن ليس هذا موضع بسطه، والله أعلم.

وفيه فرق بين الصورتين، فإن إتمام العشر تبرع محض، والعقد إنما وقع على الثمان، بخلاف صورة المسألة حيث إن العقد في الصورتين عقد معاوضة، إما نقدًا، وإما نسيئة.

الدليل الرابع:

(ث -١٤) روى ابن أبي شيبة من طريق أشعث، عن عكرمة، **عن ابن عباس، قال: لا بأس أن يقول للسلعة: هي بنقد بكذا، وبنسيئة بكذا، ولكن لا يفترقان إلا عن رضا**[٢].

= وقد روى البخاري الأثر معلقًا بصيغة الجزم، وهذا ذهاب من البخاري رحمه الله إلى قوة الأثر عنده، قال البخاري في صحيحه، في باب المزارعة بالشطر: «وعامل عمر الناس على إن جاء بالبذر من عنده، فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا».

وقال الحافظ في تغليق التعليق (٣/ ٣٠٤) بعد أن ساق الأثرين المرسلين، قال: «وهذان خبران مرسلان، يتقوى أحدهما بالآخر، واختلافهم بالكمية هو المقتضى، لكون البخاري أبهم المقدار، والله أعلم». وانظر فتح الباري (٥/ ١٢).

(١) تفسير ابن كثير (٣/ ٣٨٦).

(٢) المصنف (٤/ ٣٠٧) رقم: ٢٠٤٥٣ .

[إسناده ضعيف][(١)].

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أميل إليه صحة مثل هذا العقد، وأن التخيير للمشتري من باب التوسعة عليه من قبل البائع، فالعقد مصيره إلى العلم بالثمن، غاية ما فيه أن المشيئة جعلها البائع للمشتري إن شاء أخذه بهذا، وإن شاء أخذه بهذا، ولا ضير في ذلك، والله أعلم.



(١) فيه أشعث بن سوار الكندي، فيه كلام، وقد نقلت كلام أهل الجرح فيه في كتابي الحيض والنفاس من موسوعة أحكام الطهارة، فارجع إليه إن شئت.

المبحث الرابع
في اشتراط القدرة على تسليم الثمن

[م - ١٤٣] اختلف الفقهاء في الثمن، هل يشترط أن يكون مقدورًا على تسليمه؟

فقيل: لا يشترط، وهو مذهب الحنفية(١)، واختيار ابن حزم(٢).

وقيل: يشترط في الثمن أن يكون مقدورًا على تسليمه إن كان حالًا، وعند حلول الأجل إن كان مؤجلًا، أما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح جعله ثمنًا، وهو مذهب الجمهور(٣).

وقد سبق لنا مناقشة هذه المسألة عند الكلام على شروط المعقود عليه (المبيع والثمن) هل يشترط القدرة على تسليمه، وذكرنا أدلة كل قول مع بيان الراجح، فأغنى عن إعادته هنا.



---

(١) المبسوط (١٤/ ٢، ٣).

(٢) المحلى مسألة (١٤٢٣).

(٣) انظر في مذهب المالكية: أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٤٠، ٢٤١)، شرح حدود ابن عرفة (ص٢٣٩)، التاج والإكليل (٦/ ٧١)، حاشية العدوي (٢/ ١٣٧)، المنتقى للباجي (٥/ ٤١).

وفي مذهب الشافعية، جاء في إعانة الطالبين (٣/ ١١): «ويشترط أيضًا قدرة تسليمه: أي قدرة كل من العاقدين على تسليم ما بذله للآخر، المثمن بالنسبة للبائع، والثمن بالنسبة للمشتري». وانظر المهذب (١/ ٢٦٣).

وفي مذهب الحنابلة: انظر المغني (٤/ ١٤٢)، المبدع (٤/ ٢٣)، كشاف القناع (٣/ ١٦٢).

الفصل الرابع
فيما يختص به المبيع من الأحكام

الحكم الأول
في شمول المبيع وما يدخل فيه عند الإطلاق

المبحث الأول
الضوابط التي تحكم ما يدخل في المبيع وما لا يدخل فيه

[م-١٤٤] قد يتنازع المتبايعان في بعض الأشياء التي لها صلة بالمبيع، هل ملحقة به، داخلة فيه؛ لأن اسم المبيع يشملها، فتكون من حق المشتري، أو ليست داخلة فيه؛ لأن اسم المبيع لا يشملها، فتكون باقية على ملك البائع؟

وأنواع المبيع التي تُتْبَع بشيء إذا وقع العقد عليها ثمانية أشياء كما ذكر ذلك القرافي في الفروق:

- لفظ الأرض.
- ولفظ الدار.
- ولفظ الشجر. وتسمى عند الفقهاء (بالأصول).
- ولفظ الثمار والزروع. وتسمى عند الفقهاء (بالثمار)
- ولفظ الشركة.
- ولفظ المرابحة.

- ولفظ العبد والحيوان.

هذه أنواع المبيع التي يتبعها أشياء إذا وقع العقد عليها، وسوف يحتاج الأمر إلى وضع قواعد وضوابط تعالج هذا الأمر، وتسد باب النزاع الذي يؤدي إلى فساد العقد، ثم نأتي إلى بحث المسائل الفرعية على طريقة الفقهاء، من هذه الضوابط:

الضابط الأول:

كل ما جرى عرف البلد على أنه من مشتملات البيع يدخل في البيع من غير ذكر، والعكس صحيح: أن ما جرى العرف بعدم إدخاله لم يدخل وإن كان اسم المبيع يشمله[١].

وهذا الضابط من أهم الضوابط، بل إن مدار الباب عليه تقريبًا.

❑ شرح هذا الضابط:

قال ابن عابدين في حاشيته نقلًا من الذخيرة: «الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار، ولا متصلًا بها لا يدخل إلا إذا جرى العرف في أن البائع لا يمنعه عن المشتري، فالمفتاح يدخل استحسانًا، لا قياسًا لعدم اتصاله، وقلنا بدخوله بحكم العرف»[٢].

وقال الزيلعي: «وثياب الغلام، والجارية تدخل في البيع من غير شرط للعرف، إلا أن تكون ثيابًا مرتفعة تلبس للغرض فلا تدخل إلا بالشرط لعدم العرف»[٣].

---

(١) انظر المادة (٢٣٠) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٢٩٨، ٢٩٩) من مجلة الأحكام الشرعية.

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٨).

(٣) تبيين الحقائق (٤/ ١٠).

وقال الدسوقي في حاشيته: «محل تناول العقد على البناء والشجر للأرض، وتناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر، كان ذلك العقد بيعًا أو غيره، إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه، وإلا عمل بذلك الشرط أو العرف»(١).

ويقول القرافي المالكي في الفرق بين قاعدة: ما يتبع العقد عرفًا، وقاعدة: ما لا يتبعه - بعد أن سرد الأبواب في ذلك - قال:

«جميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد غير مسألة الثمار المؤبرة، بسبب أن مدركها النص والقياس، وما عداها مدركة العرف والعادة، فإذا تغيرت العادة، أو بطلت، بطلت هذه الفتاوى، وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك، بل تتبع الفتاوى هذه العوائد كيفما تقلبت كما تتبع النقود في كل عصر وحين، وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها فتنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها عادة، لعدم اللغة في البابين وكل ما صرح به في العقد، واقتضته اللغة فهذا هو الذي لا يختلف باختلاف العوائد، ولا يقال إن العرف اقتضاه فهذا تلخيص هذا الفرق»(٢).

وفي مجلة الأحكام الشرعية، وهي مجلة حنبلية، جاء فيها:

«كل ما يتعلق به حاجة المبيع، أو يعد من مصلحته عرفًا، يدخل في بيعه تبعًا، فيدخل في بيع الدابة لجامها، ومقودها، ونعلها، وفي بيع القن لبسه المعتاد، ولا تدخل الحلي، ولباس التجميل.

كل منفصل عن المبيع، مما لا يشمله اسمه عرفًا، ولا يعد من مصلحته عادة، لا يدخل في البيع بلا تصريح، فلا يدخل الكنز والحجر المدفونان في بيع

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ١٧١).

(٢) الفروق (٣/ ٢٨٨).

الأرض، ولا السرر، والأقفال، والفرش، والغروس الموضوعة في الأواني التي تنقل في بيع الدور ونحوها»(١).

وقال شيخنا شيخنا عبد الرحمن السعدي رحمه الله: «إن كان العرف جاريًا بدخول المفاتيح دخلت بلا ريب؛ لأن العرف كالشرط»(٢).

الضابط الثاني:

يدخل في المبيع كل ما يتناوله اسم المبيع لغة بحيث يعد جزءًا حقيقيًا منه بحسب مدلول اسمه(٣).

❑ شرح هذا الضابط:

ما يتناوله اسم المبيع شيئان: إما أنه يتناوله عرفًا، وهذا سبق بحثه.

أو يتناوله لغة، فهذا هو القسم الثاني.

فبيع الدار يدخل فيه غرفها، وبيع الخزانة يدخل فيه أدراجها؛ لأن اسم المبيع يتناوله لغة وعرفًا، وهي جزء حقيقي منه.

ولا يستثنى من هذين الشيئين إلا ما استثناه نص شرعي، كالثمرة المؤبرة فإنها جزء من المبيع، ولا تدخل إلا بالشرط، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

الضابط الثالث:

يدخل في المبيع كل ما كان كالجزء من المبيع، أو كان مما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرًا إلى غرض المشتري. فبيع القفل مثلًا يدخل معه المفتاح(٤).

---

(١) انظر مجلة الأحكام الشرعية، مادة (٢٩٨، ٢٩٩)..

(٢) الفتاوى السعدية (ص٣٥٥).

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية مادة (٢٣١)، ومجلة الأحكام الشرعية، مادة (٢٩٥)، وعقد البيع - الزرقاء(ص٥٥)، الموسوعة الكويتية (٩/ ١٧).

(٤) انظر الموسوعة الكويتية (٩/ ١٧)، مجلة الأحكام العدلية مادة (٢٣١).

❑ شرح هذا الضابط:

هناك أشياء من توابع المبيع قد لا تدخل في مدلول الاسم، وهي مستقلة بذاتها ليست متصلة بالمبيع، ولكن حصول المنفعة من المبيع، أو تمامها لا يتم إلا بها، فهذه تدخل في المبيع نظرًا إلى أن غرض العاقد من المبيع يتوقف عليها، وعلى إلحاقها، فهذه تدخل في المبيع، وإن لم تذكر في الاسم، وأظهر مثال له دخول المفتاح في بيع القفل.

قال الشيخ الزرقاء ﷺ: «المبنى الفقهي في ذلك: أن الانتفاع المقصود من المبيع بعقد البيع يتوقف تحققه على هذه الأشياء، وإن كانت مستقلة عنه في الوجود، فيكون عدم ذكرها اعتمادًا على أن دخولها مفهوم، كما يستغنى بذكر الكل عن ذكر الأجزاء التي يتألف منها»[1].

وأما إذا كان الشيء منفصلًا مستقلًا، ولم تتوقف عليه حصول المنفعة، فلا يدخل إلا بالتصريح، فلا يدخل في بيع الفرس سرجها وركابها.

وفي بيع الدار، لا تدخل الكراسي، والخزانات المنفصلة.

وفي بيع المنضدة لا يدخل كساؤها.

الضابط الرابع:

يدخل في المبيع كل ما كان متصلًا بالمبيع اتصال قرار، وكان من مصلحته[2].

---

(١) عقد البيع للزرقاء (ص٥٧).

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية مادة (٢٣٢)، مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، مادة (٢٩٧)، عقد البيع للزرقاء (ص٥٧).

❑ شرح هذا الضابط:

«ضابط اتصال القرار: أن يكون الشيء موضوعًا على وجه الدوام، لا ليرفع، ويحول»[١].

فيدخل في بيع الأرض ما فيها من بناء، وشجر، دون الزرع، والثمار.

كما يدخل في بيع الدار: الأبواب المنصوبة، والرفوف المسمرة، والأوتاد المغروزة، والسلالم المثبتة، بخلاف الخزائن، والسلالم المنقولة، وأحواض الأزهار المنقولة، فإنها لا تدخل في المبيع دون تصريح بها.

الضابط الخامس:

يدخل في المبيع كل ما كان من توابع المبيع التي يعبر عنها بالألفاظ العامة بالحقوق والمرافق.

فلو قال البائع: بعتك هذه الدار بجميع حقوقها: دخل في البيع حق الشرب، وحق المسيل، وحق المرور، بشرط أن تكون موجودة وقت البيع، والألفاظ العامة أربعة:

(١) بجميع حقوقه.

(٢) بجميع مرافقه.

(٣) بكل قليل وكثير فيه.

(٤) بكل قليل وكثير منه[٢].

---

(١) عقد البيع، الزرقاء، (ص٥٧).

(٢) انظر المادة (٢٣٥) من مجلة الأحكام العدلية.

الضابط السادس:

كل منفصل عن المبيع، مما لا يشمله اسمه عرفًا، ولا يعد من مصلحته عادة، لا يدخل في البيع بلا تصريح، فلا يدخل الكنز، والحجر المدفونان في بيع الأرض، ولا السرر، والأقفال، والفرش، والغروس الموضوعة في الأواني التي تنقل في بيع الدور ونحوها.

الضابط السابع:

إذا وجد تصريح بإدخال ما لا يدخل تبعًا، أو بإخراج ما يدخل تبعًا عمل به[1].

هذا ما تمكنت من جمعه من الضوابط العامة، وهذا أوان ذكر الأمور على سبيل التفصيل.



(١) انظر المادة رقم (٣٠٢) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية.

المبحث الثاني
ما يدخل في بيع الأرض

الفرع الأول: البناء والشجر

[م - ١٤٥] إذا باع أرضًا، وأطلق، فهل يدخل في ذلك ما عليها من بناء، وشجر؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يدخلان في البيع قال الكاساني: «عند عامة العلماء» دون الشجر المجذوذ واليابس، فلا يدخلان إلا بالشرط[1].

القول الثاني:

لا يدخل البناء، والشجر الأخضر في بيع الأرض؛ لأن اسم الأرض لا يتناولهما، وليس هناك عرف مطرد في دخولهما.

---

(١) وقال الكاساني في بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤): «إن كان المبيع أرضًا... دخل ما فيها من الأبنية والأشجار... عند عامة العلماء»، وانظر البحر الرائق (٥/ ٣١٨)، المبسوط (١٤/ ١٣٦).
وانظر في مذهب المالكي: مجمع الأنهر (٣/ ٢٣)، الخرشي (٥/ ١٨٠، ١٨١)، الشرح الكبير (٣/ ١٧٠)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥).
انظر في مذهب الشافعي: أسنى المطالب (٢/ ٩٦)، مغني المحتاج (٢/ ٨١)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ١٨٦)، المجموع (١٠/ ٥٠٦).
وانظر في مذهب الحنابلة: أخصر المختصرات (ص١٧١)، الفروع (٤/ ٦٨، ٦٩)، الإنصاف (٥/ ٥٦).

وهو قول في مذهب الشافعية(١)، رجحه الغزالي والنووي(٢)، ووجه في مذهب الحنابلة(٣).

❑ دليل دخول البناء والشجر في بيع الأرض.

الدليل الأول:

(ح - ٧٥) ما رواه البخاري من طريق نافع، عن ابن عمر ﷺ، أن عمر بن الخطاب أصاب أرضًا بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٨١)، وقال في قواعد الأحكام (٢/ ١٨٠): «إذا قال: بعت هذه الأرض، أو هذه الساحة... وفيها بناء وغراس، ففي دخولهما في البيع والرهن اختلاف، والقياس أن لا يدخلا؛ لأن الاسم لا يتناولها».
وجاء في المهذب (١/ ٢٧٨): «إذا باع أرضًا، وفيها بناء أو غراس، نظرت، فإن قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها، دخل البناء والغراس؛ لأنه من حقوقها، وإن لم يقل بحقوقها، فقد قال في البيع: يدخل. وقال في الرهن: لا يدخل.
واختلف أصحابنا على ثلاث طرق:
فمنهم من قال: لا يدخل في الجميع؛ لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء...
والثاني: يدخل؛ لأنه متصل بها، فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض.
ومنهم من قال: في البيع يدخل، وفي الرهن لا يدخل؛ لأن المبيع عقد قوي يزيل الملك، فدخل فيه الغراس والبناء، والرهن عقد ضعيف، لا يزيل الملك، فلم يدخل فيه الغراس والبناء».

(٢) قال الغزالي في الوسيط (٣/ ١٦٩): «فإن قال: بعتك هذه الأرض، فالنظر في اندراج الشجر والبناء... الأصح أنها لا تندرج؛ إذ اللفظ لا يتناوله وضعًا، ولم يكن دعوى عرف مطرد فينزل منزلة التصريح....».
وقال النووي في المجموع (١٠/ ٥٠٦): «والراجح عندي: ما ذهب إليه الإمام والغزالي، أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع، ولا في الرهن، إلا أن يثبت إجماع على الدخول، فيتعين اتباعه، ومتى لم يثبت فالقياس ما قدمته».

(٣) الإنصاف (٥/ ٥٦).

إني أصبت أرضًا بخيبر، لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: **إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها**، قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول...[١].

وجه الاستدلال:

قوله (أصبت أرضًا) مع قوله (على من وليها أن يأكل منها بالمعروف) فأطلق الأرض، وأراد بما فيها.

الدليل الثاني:

أن البناء والشجر متصلة بالأرض اتصال قرار، ومن مصلحة الأرض.

«وضابط اتصال القرار: أن يكون الشيء موضوعًا على وجه الدوام، لا ليرفع ويحول»[٢].

قال في البحر الرائق: «ويدخل البناء والشجر في بيع الأرض بلا ذكر لكونه متصلًا بها للقرار»[٣].

الدليل الثالث:

رأى بعضهم أن دخول البناء والشجر بمقتضى العرف، وبعضهم يرى أن ذلك بمقتضى الشرع، وإن لم يجر عرف بذلك التناول، ما لم يجر عرف بخلافه.

ففي شرح الخرشي، قال: «العقد على الأرض يتناول البناء والشجر اللذين

---

(١) صحيح البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٣).
(٢) عقد البيع، الزرقاء، (ص٥٧).
(٣) البحر الرائق (٥/ ٣١٨).

فيها بحكم العرف والعادة لا بحسب اللغة، وهذا حيث لا شرط، ولا عادة بخلافه»[١].

وذكر الدسوقي في حاشيته أنه يتناولهما تناولًا شرعيًا، وإن لم يجر عرف بذلك التناول، ما لم يجر عرف بخلافه[٢].

ورأى بعضهم أن الشرع والعرف يقتضي دخولهما كما في منح الجليل[٣].

وقيدنا الشجر بالأخضر؛ لأن اليابس ليس متصلًا بالأرض على وجه الثبوت والدوام؛ ولأن الشجر اليابس أشرف على القطع، فشبهها بعضهم بالثمرة، والثمرة للبائع إلا بالشرط[٤].

وشبهها بعضهم بالحطب الموضوع على الأرض[٥]:

واستثنينا الشجر المجذوذ؛ لأن المجذوذ ليس متصلًا بالأرض، فهي تشبه المتاع المودع بالأرض[٦].

❑ الراجح من الخلاف:

إن كان هناك عرف عمل به، وإن لم يكن هناك عرف فإن الشجر والبناء يدخلان، وإن لم يتناولهما اسم الأرض، كما يدخل الأبواب والرفوف المثبتة في مسمى الدار، وإن لم يتناولهما الاسم، والله أعلم.

---

(١) الخرشي (٥/ ١٨٠، ١٨١).
(٢) انظر حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٠).
(٣) منح الجليل (٥/ ٢٨١).
(٤) انظر مغني المحتاج (٢/ ٨٥).
(٥) البحر الرائق (٥/ ٣١٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٨٠).
(٦) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤، ١٦٥).

الفرع الثاني
في معادن الأرض

[م - ١٤٦] ذهب عامة الفقهاء إلى أن المعادن إن كانت جامدة، كالذهب، والفضة والنحاس، والرصاص، أنها تدخل في بيع الأرض؛ لأنها تعتبر جزءًا من الأرض[1].

قال ابن قدامة: «فإن كان في الأرض معادن جامدة، كمعادن الذهب، والفضة، والحديد، والنحاس، والرصاص، ونحوها، دخلت في البيع، وملكت بملك الأرض التي هي فيها؛ لأنها من أجزائها، فهي كترابها، وأحجارها، ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب، ولا معدن الفضة بفضة، ويجوز بيعها بغير جنسها...»[2].

وأما مذهب الحنفية، فإنه يمكن أن يستنبط الحكم عندهم من مسألة مشابهة، فإنهم نصوا على أن الإنسان لو اشترى سمكة، فوجد فيها لؤلؤة، فهي للمشتري؛ لأن السمك يأكل الصدف، والصدف فيه اللؤلؤ، فكان بمثابة ما لو اشترى سمكة، فوجد فيها سمكة أخرى. قلت: كذلك الأرض من شأنها أن يوجد فيها معادن جامدة[3].

وجاء في مختصر الإنصاف والشرح الكبير: «وإن ظهر في الأرض معدن، لا

---

(١) جاء في حاشية الدسوقي (٣/ ١٧١): «وأما ما تخلق فيها من معادن فهو للمشتري...».
وانظر الفروق للقرافي (٣/ ٢٨٤)، المهذب (١/ ٢٧٨)، روضة الطالبين (٣/ ٥٤٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٧٤)، المغني (٤/ ٧٠)، كشاف القناع (٣/ ٢٧٤)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩٠).
(٢) المغني (٤/ ٧٠).
(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٧).

يعلم به البائع، فله الخيار، وروي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر ابن عبد العزيز أرضًا، فظهر فيها معدن، فقالوا: إنما بعنا الأرض، ولم نبع المعدن، وأتوا عمر بالكتاب الذي فيه، قطيعة النبي ﷺ لأبيهم، فأخذه، وقبله، ورد عليهم المعدن، وعن أحمد: إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه، وظاهره أنه لم يجعله للبائع، ولا جعل له خيارًا»[١].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وإن ظهر ذلك في الأرض - يعني المعدن - ولم يعلم به بائع، فله الفسخ»[٢].

ويرى أن ثبوت الخيار للبائع لا ينافي القول بأن المعدن من حق المشتري؛ لأنه لو كان للبائع مطلقًا للزم البيع في حق المشتري، ولوجب على المشتري تسليمه للبائع، وإنما ثبوت الخيار للجهل بالمبيع، ألا ترى أن الرجل لو اشترى نخلة قد أبرت، فثمرتها للبائع، ومع ذلك لو ادعى المشتري أنه يجهل الحكم، وأنه اشترى النخلة باعتبار أن الثمرة داخلة معها، ثبت له الخيار إن كان مثله يجهل.

قال في الإنصاف: «لو اشترى أرضًا فيه زرع للبائع، أو شجرًا فيها ثمر للبائع، وظن دخوله في البيع، أو ادعى الجهل به، ومثله يجهله، فله الفسخ»[٣]. وبهذا يفهم ما جاء عن الشوكاني في السيل الجرار.

جاء فيه (ولا يدخل معدن).

قال الشوكاني في شرح ذلك: «وجه هذا: أن البائع لو علم به لم تطب نفسه

---

(١) مختصر الإنصاف (ص٤٨٩).
(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠).
(٣) الإنصاف (٥/ ٥٩).

بالثمن الذي تراضيا عليه، فقد كشف ذلك عن اختلال التراضي، الذي هو المناط في نقل الأملاك، وإذا اختل فلا بيع، فلا بد بعد انكشاف المعدن والدفين ونحوهما من التراضي عن البيع، بثمن تطيب به نفساهما، فإن وقع منهما ذلك كان بيعًا جديدًا، وهكذا الكلام فيما وجد في بطن الشاة أنه مستحق للبائع، وأما التفصيل بين كونه إسلاميًا، أو كفريًا، فلا دخل له في الباب، بل ذلك حكم آخر يعمل البائع فيه بما يقتضيه الشرع، وهكذا حكم العنبر في سمك ونحوه، والحاصل أن من عرف أن مناط أحكام البيع الشرعية هو التراضي لم يستبعد هذا، ومن خفي عليه فمن نفسه أتي»[١].



(١) السيل الجرار (٣/ ١٢٠).

الفرع الثالث
الزرع الذي يحصد مرة واحدة

[م - ١٤٧] ذهب عامة فقهاء المذاهب الأربعة على عدم دخول الزرع الذي يقلع، أو يقطع دفعة واحدة، كحنطة، وشعير، وسائر الزروع، كجزر، وفجل، ونحوهما في المبيع إلا إذا اشترطه المشتري(١).

قال في المغني: «لا أعلم فيه خلافًا»(٢).

وفي الإنصاف: «قال في المبهج: إن كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع الأرض، وإن لم يبد صلاحه فعلى وجهين... قال في القواعد: وهو غريب جدًا، مخالف لما عليه الأصحاب»(٣).

❑ وجه كونه لا يدخل في الأرض:

الوجه الأول:

أنه متصل بالأرض لا على سبيل الثبات والدوام، فلم يدخل.

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٣٢١)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٢)، فتح القدير (٦/ ٢٨٢)، المبسوط (١٤/ ١٣٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١١)، وجاء في المدونة (٥/ ٤٣٤): «أرأيت إن اشتريت أرضا وفيها زرع، ولم أذكر الزرع، لمن يكون الزرع؟ قال: الزرع زرع البائع إلا أن يشترطه المبتاع».
وانظر الخرشي (٥/ ١٨١)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧١).
وانظر في مذهب الشافعية: مغني المحتاج (٢/ ٨١)، السراج الوهاج (ص١٩٦)، منهاج الطالبين (١/ ٥٠)، أسنى المطالب (٢/ ٩٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٠)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٤٢). وانظر في مذهب الحنابلة، الفروع (٤/ ٦٩)، الإنصاف (٥/ ٥٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠)، كشاف القناع (٣/ ٢٧٧).
(٢) المغني (٤/ ٦٧).
(٣) الإنصاف (٥/ ٥٨).

قال في البحر الرائق: «ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية؛ لأنه متصل بالأرض للفصل فشابه المتاع الذي هو فيها»[(١)].

الوجه الثاني:

أن الزرع الذي يحصد مرة واحدة يشبه الثمرة، بجامع أن كلًّا منهما يراد به النقل، وليس البقاء.

وسيأتي إن شاء الله تعالى في بحث مستقل حكم الثمرة، ومن تكون له إذا بيع شجر مثمر.

❑ وجه من قال: يتبع الأرض إذا لم يبد صلاحه:

يظهر أن هذا القول قاسه على الثمرة المؤبرة، فقبل التأبير هي من حق المشتري، وبعده من حق البائع، فجعل بدو الصلاح في الزرع بمنزلة التأبير في الثمر.

والراجح القول الأول، والله أعلم.



(١) البحر الرائق (٥/ ٣٢١).

الفرع الرابع
الزرع الذي يجز مرة بعد أخرى

[م - ١٤٨] ذهب عامة الفقهاء إلى أن الزرع الذي يجز مرة بعد أخر ى أن الجزة الظاهرة عند البيع لا تدخل في المبيع إلا بالشرط، وأما أصول الزرع فهي للمشتري[(١)].

وقيل: تدخل في المبيع، وهو وجه في مذهب الحنابلة[(٢)].

ولعل عامة الفقهاء قاسوا ذلك على الثمرة المؤبرة، فرأوا أن ظهور الجزة بمنزلة التأبير للثمرة.



(١) تبيين الحقائق (٤/ ١١)، البحر الرائق (٥/ ٣١٨)، المبسوط (١٤/ ١٣٦)، وانظر في مذهب الحنابلة: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠، ٨١)، .

(٢) الإنصاف (٥/ ٥٧).

الفرع الخامس
في دخول البذر في بيع الأرض

[م - ١٤٩] إذا باعه أرضًا، وفيها بذر، فإما أن يبيعه الأرض والبذر معًا، وإما أن يبيعه الأرض ويطلق، فهل يدخل البذر مع الأرض تبعًا؟

فإن باعه الأرض والبذر معًا، فاختلف العلماء في صحة هذا البيع إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز بيع الأرض والبذر معًا، وهو مذهب الجمهور(١)، وقول في مذهب الشافعية(٢).

القول الثاني:

لا يجوز بيع الأرض والبذر معًا، وهو مذهب الشافعية(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

القول الثالث:

إن ذكر قدره ووصفه صح، وهو قول في مذهب الحنابلة(٥).

وسبب الخلاف، هل جهالة مقدار البذر تؤثر في صحة البيع، أو لا تؤثر،

---

(١) انظر العزو لهم في القسم الثاني من المسألة.
(٢) البيان للعمراني (٥/ ٢٤٩).
(٣) انظر البيان للعمراني (٥/ ٢٤٩).
(٤) الإنصاف (٥/ ٥٩).
(٥) المرجع السابق.

فالجمهور يرون أن البذر تابع، وليس مقصودًا في العقد، كمن اشترى عبدًا، وله مال، فالجهالة بمقدار المال لا تؤثر في صحة العقد.

ويرى الشافعية أن ذكر البذر في الصفقة يدل على أنه مقصود في العقد، بدليل ذكره في العقد، وإذا كان مقصودًا لم يكن تابعًا، فجهالته تؤثر[(١)].

والقول الثالث لا يختلف عن هذا القول؛ لأنه اشترط العلم بالصفة والمقدار لتنتفي الجهالة، وإذا انتفت الجهالة صح، والله أعلم.

[م - ١٥٠] أما إذا باع الأرض وأطلق، فهل يدخل البذر تبعًا، في ذلك خلاف بين العلماء على أقوال:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن البذر إذا لم ينبت، لم يدخل في البيع، وإذا نبت، وصار له قيمة، دخل في البيع. وهذا قول واحد في المذهب.

وأما إذا نبت، ولم يصر له قيمة، أو عفن في الأرض، فقولان، أصحهما أنه يدخل في البيع[(٢)].

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الأرض إذا كان فيها بذر مستكن، فهو من حق المشتري، داخل في المبيع، لا يجوز للبائع استثناؤه[(٣)].

---

(١) انظر البيان للعمراني (٥/ ٢٤٩).

(٢) انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٣٤)، فتح القدير (٦/ ٢٨٥)، قال في تبيين الحقائق (٤/ ١١): «إذا بذر في الأرض، ولم ينبت حتى باع الأرض، فلا يدخل؛ لأنه مودع...». وانظر الهداية شرح البداية (٣/ ٢٥).

(٣) التاج والإكليل (٣/ ٤٩٥)، الشرح الكبير (٣/ ١٧١)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧١)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥)، الخرشي (٥/ ١٨١)، منح الجليل (٥/ ٢٨١، ٢٨٢).

القول الثالث:

ذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، إلى أن البذر إن كان مما يبقى أصله في الأرض سنتين، أو ثلاثًا، دخل البذر في بيع الأرض، وإن كان البذر مما لا يبقى أصله في الأرض، صح البيع في الأرض، ولم يدخل البذر في الأرض، وللبائع تبقيته إلى أن يستحصد، فإن علم المشتري بأن الأرض مبذورة فلا خيار له، وإن لم يعلم ثبت له الخيار.

وقيل: البذر لا يدخل في بيع الأرض مطلقًا، وهو اختيار ابن عقيل من الحنابلة[٣].

❑ **وجه قول من قال: إذا لم ينبت لم يدخل في الأرض:**

أن البذر إذا لم ينبت لم يدخل في الأرض لوجهين:

الأول: أنه ليس من جنس الأرض، فلا يتناوله الاسم لا لغة، ولا عرفًا.

والثاني: لأنه يشبه الشيء المودع في الأرض، كالمتاع ونحوه، لا يدخل فيها، وأما إذا نبت، وصار له قيمة فإنه صار جزءًا من الأرض، لا يجوز بيعه وحده، فلهذا كان تابعًا للأرض، فيدخل فيها.

❑ **وجه من قال: يدخل في بيع الأرض مطلقًا:**

أن البذر المستكن في الأرض يشبه الجنين، والثمرة قبل ظهورها، فيدخل في بيع الأرض، ولا يصح للبائع استثناؤه.

---

(١) الأم (٣/ ٤٥)، البيان (٥/ ٢٤٩)، المهذب (١/ ٢٨٠).

(٢) الإنصاف (٥/ ٥٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨١)، كشاف القناع (٢/ ٢٧٨)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩٣، ١٩٤)، المغني (٤/ ٦٨).

(٣) الإنصاف (٥/ ٥٩).

ولأن إبار الزرع هو خروجه من الأرض عندنا، وقبل خروجه يعتبر غير مؤبر، فيدخل في بيع الأرض تبعًا.

❑ وجه من قال: إن كان البذر يراد للبقاء دخل، وإلا لم يدخل:

قاسوا ذلك على الشجر والزرع، فإن كان البذر يبقى في الأرض السنتين والثلاث فإنه يشبه الشجر فيكون للمشتري، وإن كان لا يبقى فإنه يشبه الزرع، فيكون للبائع.

❑ الراجح من الخلاف:

المسألة مفروضة على اعتبار أنه لا يوجد عرف يمكن الرجوع إليه، فإن كان هناك عرف قدم على غيره؛ لأن الباب كله مبني على تحكيم العرف، ثم اللغة. فإن لم يكن هناك عرف فأرى نفسي تميل إلى مذهب المالكية، وأن البذر قبل ظهوره من الأرض يعتبر بحكم المستتر في الأرض، فأخذه من الأرض فيه مشقة، وقد يضر الحرث بالأرض، وإذا كنا نعتبر الزرع بالظهور، فما ظهر من الزرع فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشتري، فكذلك البذر، و الله أعلم.



الفرع السادس
في دخول ماء الأرض في بيع الأرض

❑ تحرير محل الخلاف:

[م -١٥١] ليس الكلام هنا في دخول البئر في بيع الأرض، فإنه لا خلاف بين الفقهاء في دخول ذلك:

(ح-٧٦) فقد روى البخاري معلقًا بصيغة الجزم.

قال البخاري: وقال عثمان: قال النبي ﷺ: **من يشتري بئر رومة، فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين**، فاشتراها عثمان رضي الله عنه.

وإذا صح شراء البئر على وجه الاستقلال، جاز شراء الأرض، ودخول البئر تبعًا من باب أولى(١).

---

(١) وجاء في الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٢/ ٢٦٧): «وسئل عن بيع الآبار المحفورة الحاصل فيها ماء، إذا شهد على المتبايعين بصدور التبايع الصحيح الشرعي فيها، وفي حقوقها، وطرقها، ومشتملاتها بعد النظر والتقليب الشرعي، ولم يتعرض الشهود للماء الحاصل في الآبار، فهل يصح البيع والماء، مع السكوت عن التصريح به، وهل يشترط في بيعها بيع الماء معها، وهل الإشهاد المذكور كاف في إدخال الماء، وهل إذا اختلف المتبايعان في ذكره، فاحتج المدعي لدخوله بالإشهاد المذكور يكفيه ذلك، أو لا بد من بينة تشهد بصريح ذكره؟

فأجاب بقوله: لا يصح بيع الآبار، إلا إن نص على دخول مائها في البيع، بخلاف ما لو نفاه، أو أطلق، ولا يكفي عن النص عليه قولهما: بحقوقها، على ما قد يقتضيه كلامهم، لاسيما كلام الأنوار، وقد يوجه: بأن الماء ليس من حقوق البئر، فهو كمزارع القرية الخارجة عنها معها، فإنها لا تتناولها، وإن قال بحقوقها. قالوا: لأن العرف لا يقتضي تناولها، لكن يشكل على ذلك قولهم: لا تتناول الأرض مسيل مائها، وشربها من نحو قناة مملوكة حتى يشرطه، أو يقول بحقوقها، إن كان خارجًا عنها، كما صرح به جماعة، =

[م - ١٥٢] كما أنه يجوز بيع الماء وحده إذا حازه الإنسان في إناء مثلًا:

قال القرطبي: «المسلمون مجمعون على أن الإنسان إذا أخذ الماء من النيل مثلًا فقد ملكه، وأن له بيعه، قال بعض مشايخنا: فيه خلاف شاذ، لا يلتفت إليه»(١).

وقال المازري في المعلم: «اعلم أن من الناس من زعم أن الإجماع قد حصل على أن من أخذ من دجلة ماء في إنائه، وحازه دون الناس أن له بيعه إلا قولًا شاذًا ذكر في ذلك، لا يعتد بخلافه عنده...»(٢).

= فالذي يتجه أن قولهما: بحقوقها بمنزلة النص على دخول الماء قياسًا على ما ذكروه في الأرض مع مسيل الماء ونحوه، بل أولى؛ لأن الحقوق إذا تناولت نحو المسيل والشرب، مع خروجهما عن الأرض، ومع إمكان الانتفاع بها بدونهما، وعدم دخولهما في مسماها، فأولى أن يتناول الماء؛ لأنه ليس بخارج عن البئر، ولا يمكن الانتفاع بها بدونه، ولدخوله في مسماها، وبذلك يفرق بينه وبين ما مر في مزارع القرية معها، فاتجه إلحاق الماء بالمسيل والشرب دون المزارع، على أن قولهما ومشتملاتها ظاهر أو صريح في شمول الماء، إذ هو بمعنى ما اشتملت البئر عليه، ومن جملة ما اشتملت عليه الماء الذي فيها، فحينئذ لا يتوقف في الصورة المسئول عنها، أن الماء يدخل فيها، وإنما الذي فيه نوع توقف، ما لو اقتصر على قوله بحقوقها، إذا تقرر ذلك فبيع الآبار المذكورة في السؤال صحيح، والإشهاد المذكور كاف في دخول الماء، فلا يحتاج المحتج به إلى بينة تشهد بصريح ذكره الماء في العقد».

(١) المفهم (٤/ ٤٤١).

(٢) المعلم بفوائد مسلم (٢/ ١٨٩).

يقصد بذلك - والله أعلم - قول ابن حزم، فقد قال رحمه الله في المحلى (٧/ ٤٨٨) مسألة (١٥١٢): «ولا يحل بيع الماء بوجه من الوجوه، لا في ساقية، ولا من نهر، أو من عين، ولا من بئر، ولا في بئر، ولا في صهريج، ولا مجموعًا في قربة، ولا في إناء...».

وخلاف ابن حزم رحمه الله بل خلاف الظاهرية لا شك أنه يعتد به، وهم من جملة المسلمين الذين قال الله تعالى فيهم ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ١١٥]. =

والدليل على أن الماء إذا استخرج من البئر، أو حيز في إناء جاز له بيعه:

القياس على بيع الكلأ بعد حيازته، فكما أن الكلأ الناس شركاء فيه كالماء، فإذا حاز الإنسان الكلأ جاز له بيعه فكذلك الماء:

(ح - ٧٧) فقد روى البخاري من حديث الزبير بن العوام، عن النبي ﷺ قال: **لأن يأخذ أحدكم أحبلًا، فيأخذ حزمة من حطب، فيبيع، فيكف الله بها وجهه خير من أن يسأل الناس، أعطي أم منع**[1].

[م - ١٥٣] وإنما البحث هنا في دخول ماء البئر في بيع الأرض، وهل يملك الماء إذا ملكت الأرض، أو لا يملك بذلك، هذا هو محل البحث.

وسبب الخلاف:

اختلافهم في ملك الماء قبل حيازته بملك الأرض والبئر، ومعارضة عموم النهي عن بيع فضل الماء لأصل الملكية، وهل يقاس الماء على الطعام إذا احتيج إليه، بحيث يجوز بذله بالقيمة، أو لا؟

❑ اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا يملك الماء بملك الأرض أو البئر قبل حيازته، إلا أن صاحب الأرض إن

= ولا يعاب عليهم في الفقه إلا نفيهم للقياس، وقد قالوا ذلك عن اجتهاد، والأخطاء في مذهبهم إذا قورنت بالأخطاء الموجودة في المذاهب الأخرى لم تزد عليها، فالصواب ليس حكرًا على مذهب دون آخر، فكل يصيب ويخطئ، والترجيح بين الأقوال إنما هو بحسب قربه من الدليل الشرعي، ومن قواعد الفقه، ومقاصد الشارع، وإن كان مذهب الظاهرية في المعاملات أضعف منه في العبادات، وذلك لأن الأول أحكامه معللة، والقياس يجري عليها بخلاف الثاني.

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٣)، ورواه مسلم من حديث أبي هريرة (١٠٤٢).

كان محتاجًا إليه فهو أحق به، وهذا مذهب الحنفية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الماء يملك بملك الأرض أو البئر قبل حيازته، وله منع المارة من مائها إلا بثمن، إلا على قوم لا ثمن معهم، وخافوا هلاكًا على أنفسهم، أو دوابهم، فيجب عليه أن يبذل لهم مجانًا، ولو كانوا أغنياء في بلادهم، أما إذا كان معهم مال فبالثمن باتفاق أهل المذهب.

وكذلك يجب بذل فضل الماء إذا انهارت بئر جاره، وله زرع يخاف عليه التلف، فعليه أن يبذل له فضل مائه، ما دام متشاغلًا بإصلاح بئره، واختلف أصحاب مالك، هل يكون ذلك بثمن أو بغير ثمن،

فقال بعضهم: يجبر، ويعطى الثمن.

وقال بعضهم: يجبر، ولا ثمن له، وجعلوه كالشفاه من الآدميين والمواشي. هذا ملخص مذهب المالكية[٣]، . . . .

---

(١) ذكر الحنفية بأن لصاحب الأرض أن يمنع الغير من الدخول في أرضه إن كان يجد حاجته قريبًا في أرض غير مملوكة، وإن كان لا يجد ذلك، فيقال له: إما أن تخرج الماء والكلأ إليه، وإما أن تمكنه أن يدخل، فيأخذ بقدر حاجته؛ لأن له حق الشفة، انظر المبسوط (٢٣/ ١٦٤، ١٦٥)، البحر الرائق (٥/ ٢٨٠).

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٩٠) المبدع (٥/ ٢٥٣)، المغني (٤/ ٧١)، كشاف القناع (٣/ ١٦٠)، مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل (٣/ ١١)، الروض المربع (٢/ ٣٣)، قال في المغني (٤/ ٧١):

قال أحمد: لا يعجبني بيع الماء البتة. والفرق بين مذهب الحنفية والحنابلة أن الحنفية قالوا: بأنه لا يجوز بيع فضل الماء للشفة (الإنسان والحيوان) ولم يقيد الحنابلة ذلك للشفة، بل يجب بذل فضل الماء للشفة والزرع، والله أعلم.

(٣) التمهيد (١٣/ ١٣٠، ١٣١)، الشرح الكبير (٤/ ٧٢)، وقسم ابن جزي الماء بالنظر إلى تملكه والانتفاع به إلى أقسام، فقال في القوانين الفقهية (ص٢٢٢): «القسم الأول: ماء =

ومذهب الشافعية قريب منه[١]، وقول في مذهب الحنابلة[٢].

وقد فصلنا أدلتهم في مسألة (بيع فضل الماء) فأغنى عن إعادتها هنا، والحمد لله على عونه وتوفيقه، وقد رجحنا هناك أن ملك البئر أو ملك الأرض لا يعني ملك الماء ما دام في مقره، لكن إذا كان الماء لا يكفي صاحبه فحاجته مقدمة على غيره، وذلك أن حديث: نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء حديث

= خاص، وهو الماء المتملك في الأرض المتملكة كالبئر، والعين، فينتفع به صاحبه، وله أن يمنع غيره من الانتفاع به، وأن يبيعه، ويستحب له أن يبذله بغير ثمن، ولا يجبر على ذلك، إلا أن يكون قوم اشتد بهم العطش، فخافوا الموت، فيجب عليه سقيهم، فإن منعهم فلهم أن يقاتلوه على ذلك، وكذلك إن انهارت بئر جاره، وله زرع يخاف عليه التلف، فعليه أن يبذل له فضل مائه، ما دام متشاغلًا بإصلاح بئره...»، وانظر بداية المجتهد (٢/ ١٢٦).

(١) ذهب الشافعية إلى أن مالك الأرض التي فيها ماء، أو مالك البئر لا يجب عليه أن يبذل فضل مائه لزرع غيره على الصحيح، ويجب بذله للماشية على الصحيح بشروط:

الأول: أن لا يكون هناك ماء آخر مباح يستغني به.

الثاني: أن يكون بذل الماء لحاجة الإنسان، والماشية، لا لسقي الزرع.

الثالث: أن يكون هناك كلأ يرعى، ولا يمكن رعيه إلا بسقي الماء، فإذا منع الماء المملوك أدى إلى منع الكلأ غير المملوك.

الرابع: أن لا يكون مالكه محتاجًا إليه.

الخامس: أن لا يكون على صاحب الماء ضرر من سقي دواب غيره، فإن لحق أرضه أو زرعه ضرر بورودها على مائه منعت، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها.

السادس: أن يكون الماء في مستقره، وهو مما يستخلف، فأما إذا أخذه في الإناء فلا يجب بذله على الصحيح.

انظر: كفاية الأخيار (١/ ٣٠٣)، روضة الطالبين (٥/ ٣١٠)، مغني المحتاج (٢/ ٣٧٥)، المهذب (١/ ٤٢٧، ٤٢٨).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٧١): «وقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يملك -يعني ماء البئر- فإنه قال في رجل له أرض، ولآخر ماء، فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع، ويكون بينهما؟ فقال: لا بأس، اختاره أبو بكر. وهذا يدل على أن الماء مملوك لصاحبه».

صحيح، وهو مطلق، يشمل ما إذا كان بيع الفضل للشفة، أو للزرع، لا فرق في ذلك، خاصة أن النهي متوجه إلى الماء، وهو في مستقره، وقبل حيازته، وهو يتجدد، وما يستخرج من البئر يعقبه ماء جديد، فهو ماء جار تحت الأرض، فالمياه تحت الأرض أنهار جارية، كالأنهار الجارية فوق الأرض، وله ممراته الخاصة، وإذا كان الناس سواء في ماء النهر، كان الناس سواء في الماء قبل الحيازة، والله أعلم.



الفرع السابع
في دخول الحجارة في بيع الأرض

[م - ١٥٤] ذهب الأئمة الأربعة إلى أن الحجارة المخلوقة في الأرض، أو المثبتة فيها، تدخل في بيع الأرض، دون الحجارة المنقولة، والمدفونة؛ لأنها مودعة فيها أشبهت المتاع[١].

فإن كان نقل الحجارة يضر بالأرض أو ينقصها، ولم يعلم بذلك المشتري ثبت له الخيار، وإن كان عالمًا فلا خيار له، الشأن في ذلك شأن العيب يكون في السلعة.

قال ابن عابدين في حاشيته: «(قوله: اتصال قرار الخ) فيدخل الحجارة المخلوقة، والمثبتة في الأرض والدار، لا المدفونة، يدل عليه قولهم: لو اشترى أرضًا بحقوقها، وانهدم حائط منها، فإذا فيه رصاص، أو ساج، أو خشب إنْ من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط يدخل، وإنْ شيئًا مودعًا فيه فهو للبائع، وإن قال البائع: ليس لي فحكمه حكم اللقطة، فقولهم: شيئًا مودعًا يدخل فيه الأحجار المدفونة، ويقع كثيرًا في بلادنا أنه يشتري الأرض، أو الدار، فيرى المشتري فيها بعد حفرها أحجار المرمر، والكذان، والبلاط، والحكم فيه: إن كان مبنيًا، فللمشتري، وإنْ موضوعًا لا على وجه البناء، فللبائع، وهي كثيرة الوقوع فاغتنم ذلك»[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٧)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٦)، الذخيرة (٥/ ١٥٥)، الأم (٣/ ٤٦)، طرح التثريب (٦/ ١٢٤)، إعانة الطالبين (٣/ ٤٢)، السراج الوهاج (ص١٩٧)، روضة الطالبين (٣/ ٥٤١)، الوسيط (٣/ ١٧١)، المهذب (١/ ٢٧٨)، مغني المحتاج (٢/ ٨٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٧٤)، المغني (٤/ ٧٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩١).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٧).

وقال القرافي في الذخيرة: «اللفظ الثالث: الأرض... وتندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفون...»(١).

وقال في الفروق: «بيع الأرض يندرج تحته الأشجار، والبناء، دون الزرع الظاهر، كمأبور الثمار، فإن كان كامنًا في الأرض اندرج على إحدى الروايتين، كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة، إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها...»(٢).

وقال الشافعي في الأم: «ولو باع رجل رجلًا أرضًا، أو دارًا، فكان له فيها خشب مدفون، أو حجارة مدفونة ليست بمبنية أن مُلْك الموضوع كله للبائع، لا يملك المشتري منه شيئًا، إنما يملك الأرض بما خلق في الأرض من ماء وطين، وما كان فيها من أصل ثابت من غرس، أو بناء، وما كان غير ثابت، أو مستودع فيها فهو لبائعه، وعلى بائعه أن ينقله عنه. قال: فإن نقله عنه كان عليه تسوية الأرض حتى تعود مستوية لا يدعها حفرًا (قال): وإن ترك قلعه منه، ثم أراد قلعه من الأرض من زرعه، لم يكن ذلك له حتى يحصد الزرع ثم يقلعه إن شاء، وإن كان له في الأرض خشب، أو حجارة مدفونة، ثم غرس الأرض على ذلك ثم باعه الأصل، ثم لم يعلم المشتري بالحجارة التي فيها، نظر: فإن كانت الحجارة أو الخشب تضر بالغراس، وتمنع عروقه كان المشتري بالخيار في الأخذ أو الرد؛ لأن هذا عيب ينقص غرسه، وإن كان لا ينقص الغراس، ولا يمنع عروقه، وكان البائع إذا أراد إخراج ذلك من الأرض قطع من عروق الشجر ما يضر به، قيل لبائع الأرض: أنت بالخيار بين أن تدع هذا، وبين رد البيع، فإن

(١) الذخيرة (٥/ ١٥٥).

(٢) الفروق (٣/ ٢٨٣، ٢٨٤).

أحب تركه للمشتري تم البيع، وإن امتنع من ذلك قيل للمشتري لك الخيار بين أن يقلعه من الأرض، وما أفسد عليك من الشجر، فعليه قيمته إن كانت له قيمة، أو رد البيع»[١].

وقال العز بن عبد السلام: «لا يدخل في البيع ما كان مدفونًا في الأرض من الحجارة، والكنوز، والأحطاب، والأخشاب؛ لأنه ليس جزءًا منها، ولا داخلًا في اسمها، ولا متصلا بها اتصال الأبنية»[٢].



(١) الأم (٣/ ٤٧).

(٢) قواعد الأحكام (٢/ ١٨٠).

المبحث الثالث
ما يدخل في بيع النخل والشجر

الفرع الأول
في ثمرة النخلة والشجرة

[م - ١٥٥] إذا باع نخلًا أو شجرًا، وكان عليه ثمر، فهل يدخل في البيع، أو تكون الثمرة للبائع؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول:

الثمرة للبائع مطلقًا، سواء كان مؤبرًا، أو غير مؤبر، إلا أن يشترطه المشتري. وهذا قول أبي حنيفة، وبه أخذ محمد بن الحسن(١).

القول الثاني:

الثمرة للمشتري مطلقًا، وإن لم يشترطه، وهو رأي ابن أبي ليلى(٢)، وابن عتاب من المالكية(٣).

القول الثالث:

الثمار للمشتري، إلا في النخل إذا أبر، وفي غير النخل إذا برزت جميع الثمرة عن موضعها، وتميزت عن أصلها، فإنها للبائع، وهذا مذهب

(١) المبسوط (٣٠/ ١٣١)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤).
(٢) المبسوط (٣٠/ ١٣١)، مرقاة المفاتيح (٦/ ٨٣)، فتح الباري (٤/ ٤٠٢).
(٣) الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥).

المالكية[١]، ورواية عن أحمد، اختارها ابن تيمية[٢].

القول الرابع:

الثمار للمشتري، إلا في النخل إذا تشقق طلعه، وفي غير النخل: إذا بدا ثمره، وبدو الورد والقطن ظهوره من أكمامه.

وهذا مذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

---

(١) التأبير: خاص بالنخل، وهو ما يسمى باللقاح، وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى لئلا تسقط ثمرتها. وقد جعل المالكية الثمار التي لا تؤبر إذا برزت جميع الثمرة عن موضعها، وتميزت عن أصلها، أن ذلك بمنزلة التأبير في النخل، وأما الزرع، فقيل: إباره نباته، وظهوره في الأرض، وهذه رواية أشهب.
وقيل: إباره أن يفرك، وهي رواية ابن القاسم، والأول هو المشهور.
وجه رواية أشهب: أن الأصل هو الأرض، والذي ينفصل منه هو الزرع، فوجب أن ينفصل عنه في البيع بالظهور، كالثمرة مع الشجر.
وجه رواية ابن القاسم: أن الثمر هو الحب، فوجب أن يكون إبارها بذهاب زهرها، وانعقاد حبها.
انظر المنتقى للباجي (٤/ ٢١٥)، الخرشي (٥/ ١٨١)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧١، ١٧٢)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٤، ١٠٥)، الشرح الصغير (٣/ ٢٢٨)، منح الجليل (٥/ ٢٨٢)، الفروع (٤/ ٦٩).

(٢) قال صاحب الإنصاف (٤/ ٦٠): «وعنه رواية ثانية: الحكم منوط بالتأبير - وهو التلقيح - لا بالتشقق، ذكرها ابن أبي موسى وغيره.
فعليها: لو تشقق، ولم يؤبر، يكون للمشتري. ونصر هذه الرواية الشيخ تقي الدين رحمه الله.... فتلخص: أن ما لم يكن تشقق طلعه فغير مؤبر، وما تشقق، ولقح، فمؤبر. وما تشقق ولم يلقح، فمحل روايتين» وانظر الفروع (٤/ ٦٩).

(٣) المجموع (١١/ ٣٨)، التنبيه (ص٩٢)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٥٥، ٤٥٦)، نهاية المحتاج (٤/ ١٤٠، ١٤١)، المهذب (١/ ٢٧٩، ٢٨٠)، الوسيط (٣/ ١٧٨)، روضة الطالبين (٣/ ٥٥٠)، قال الشافعي: وما تشقق في معنى ما أبر.

(٤) جعل الحنابلة ظهور الثمرة من الشجر، وظهور الورد والقطن من الأكمام بمنزلة تشقق =

❑ دليل الحنفية على أن الثمرة للبائع مطلقًا أبرت أو لم تؤبر.

الدليل الأول:

(ح -٧٨) استدل الحنفية بما يروونه في كتبهم عن النبي ﷺ أنه قال: من اشترى أرضًا فيها نخل، فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع(١).

[لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو مخالف لما رواه الشيخان في الصحيحين](٢).

الدليل الثاني:

إذا وجبت الثمرة للبائع بعد الأبار، فهي أحرى أن تجب له قبل الأبار(٣).

وجه ذلك: أنه إذا كان يحق للبائع أن يستبقي الثمرة بعد أن كانت صالحة للبيع والتداول، فكونه يستبقيها قبل صلاحها، واشتدادها، وأمنها للعاهة من باب أولى.

= الطلع بالنسبة للنخل.
انظر الإنصاف (٥/ ٦٢، ٦٣)، الكافي (٢/ ٧٠)، المبدع (٤/ ١٦٣، ١٦٤)، المغني (٤/ ٦٣، ٦٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨١)..

(١) جاء في فتح القدير (٦/ ٢٨٣): روى محمد رحمه الله في شفعة الأصل عنه عليه السلام: من اشترى أرضًا فيها نخل، فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع.
وانظر البحر الرائق (٥/ ٣٢٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤)، المبسوط (٣٠/ ١٣١). وقد وهم صاحب تبيين الحقائق (٤/ ١١) عند ما قال: رواه أبو داود وغيره.

(٢) قال الزيعلي في نصب الراية بعد ذكره لهذا الحديث (٤/ ٥): «غريب بهذا اللفظ، وأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه، عن النبي ﷺ أنه قال: **من باع عبدًا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع. ومن باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع**. انتهى.
وفي لفظ للبخاري: **من ابتاع نخلًا بعدما تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع**.
وأخرجه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر بقصة النخل فقط».

(٣) انظر بداية المجتهد (٢/ ١٤٣).

ويجاب:

بأن المسألة ليست من باب جواز ذلك بالشرط، فهو يحق له أن يستبقيها قبل التأبير بالشرط على الصحيح، وإنما الكلام على دخولها في البيع المطلق، فالحديث المتفق عليه نص على أن من باع نخلًا قد أبرت فثمرها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع، وقَيْدُ التأبير يفهم منه أن النخل إذا لم يؤبر فهو للمشتري، فعدم دخول الثمرة في المبيع بعد التأبير لم نعرف ذلك من خلال اللغة، ولا من خلال العرف، وإنما عرفنا ذلك من خلال النص الشرعي، والذي فيه يفرق بين الثمرة قبل التأبير، والثمرة بعد التأبير، ومن سوى بينهما فقد سوى بين ما فرق الله ورسوله في الحكم.

الدليل الثالث:

شبه الحنفية خروج الثمرة بالولادة، فكما أن من باع أمة لها ولد، فولدها للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، كذلك الأمر في الثمرة إذا خرجت[١].

ويجاب:

بأن قياس الثمرة على الحمل قياس في مقابل النص، فيكون قياسًا فاسدًا، وقد يقال: إن الحمل الكامن يتبع الأصل، والحمل الظاهر لا يتبع، وظهور الحمل إنما يكون بالولادة، وكذلك الثمرة الكامنة تتبع الأصل، والثمرة الظاهرة لا تتبع، وظهور الثمرة يكون إما بالتشقق على قول، بحيث تخرج من مكمنها، أو بالتأبير على قول.

---

(١) انظر بداية المجتهد (٢/ ١٤٣).

الدليل الرابع:

إذا كان اسم النخلة لا يدخل فيها الثمرة المؤبرة، فكذلك غير المؤبر مقيس عليها، لخروجه عن اسم النخلة.

وسبق الجواب على هذا، وأن قيد التأبير يفهم منه أن غير المؤبر يختلف حكمه عن المؤبر، وإلا لما كان قيد التأبير له فائدة.

قال العز بن عبد السلام: «لو باع نخلًا عليها طلع مؤبر لم يدخل في البيع؛ لأن اسم النخلة لا يتناوله، وإن كان غير مؤبر فالقياس أنه لا يدخل، لخروجه عن اسم النخلة، لكن الشافعي نقله إلى المشتري مع خروجه عن اسم النخلة لاستتاره، كما نقل حمل الجارية والبهيمة إلى المشتري لاستتارهما، وعملًا بقوله ﷺ: (من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)، ومفهوم هذا أن ما لم يؤبر فهو للمشتري»(١).

❑ دليل ابن أبي ليلى على أن الثمرة للمشتري مطلقًا:

احتج ابن أبي ليلى على أن الثمرة للمشتري قياسًا على الشجر، بجامع أن كلًا منهما متصل بالأرض.

جاء في المبسوط: «قال ابن أبي ليلى: الثمرة للمشتري، وإن لم يشترطها؛ لأن الثمرة متصلة بالمبيع اتصال خلقة، فتدخل في المبيع من غير ذكر، كأطراف العبد، وأغصان الشجر، والدليل عليه: أن النخل جعل تبعًا للأرض بسبب الاتصال، حتى يدخل في بيع الأرض من غير ذكر، فكذلك الثمرة؛ لأن الاتصال موجود فيها»(٢).

---

(١) قواعد الأحكام (٢/ ١٨٠).

(٢) المبسوط (٣٠/ ١٣١).

ويجاب:

بأن هذا نظر في مقابل النص، فيكون نظرًا فاسدًا، ولعل الحديث لم يبلغ ابن أبي ليلى رحمه الله.

❑ دليل ابن عتاب على أن الثمرة للمشتري:

يرى ابن عتاب أن هناك فرقًا بين أن تباع النخلة وعليها ثمرة، وبين أن تباع الأرض، وفيها شجر مثمرة، فالأحاديث تنص على أن من باع نخلًا وقد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، فالمعقود عليه النخل لا ذات الأرض، ولم تذكر ما إذا كان المعقود عليه الأرض لا ذات النخل، فإذا كان بيع الأرض يتناول بيع الشجر، فكيف لا يتناول ثمرة النخل، وهي فرع عن الشجرة، فتناول الأرض لأصله يقتضي تناولها لفرع الأصل بالأولى.

❑ دليل من قال: الثمرة للمشتري ما لم تؤبر أو تتميز ثمرته:

(ح - ٧٩) ما رواه البخاري ومسلم من طريق سالم عن ابن عمر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**... الحديث(١).

فالحديث نص في النخل، وفهم المالكية منه حكم ما عداه، فقالوا: الثمار التي لا تؤبر إذا برزت جميع الثمرة عن موضعها، وتميزت عن أصلها، أن ذلك بمنزلة التأبير في النخل. واقتصاره في الحديث على ثمرة النخل، إما لكونه كان الغالب بالمدينة، أو خرج جوابا لسؤال، والله أعلم.

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

❑ دليل من قال: الثمرة للمشتري ما لم يتشقق الطلع أو تبد الثمرة.

فسر الشافعية التأبير بالتشقق، سواء حُطَّ فيها شيء أم لا.

قال النووي: الأبار: هو شقه، سواء حط فيه شيء أو لا، ولو تأبرت بنفسها: أي تشققت، فحكمها في البيع حكم المؤبرة بفعل الآدمي[(١)].

فعبر بالتأبير عن ظهور الثمرة، ولذلك الثمر الذي لا يؤبر أنيط الحكم بالظهور، فكذلك النخل إذا تشقق وبدا طلعه فقد ظهر ثمره.

وذهب الحنابلة بأن التشقق هو سبب التأبير، ووقته، فأنيط الحكم به.

جاء في الإنصاف: «وإنما أنيط الحكم بالتأبير في الحديث لملازمته للتشقق غالبًا»[(٢)].

ولأن التشقق هو سبب التأبير، فعلق الحكم به، والمراد سببه.

فالتشقق: هو وقت التأبير، وبلوغ الثمرة وقت التأبير قائم مقام التأبير، فيكون ذكر التأبير أغلبيًا.

ورجح شيخنا ابن عثيمين ﷺ رأي مالك، وأن الحكم معلق بالتأبير، وليس بالتشقق: قال ﷺ لما يلي:

أولًا: لأن النبي ﷺ علقه به، وليس لنا أن نتجاوز ما حده الرسول ﷺ.

ثانيًا: أن البائع إذا أبره فقد عمل فيه عملًا يصلحه، وتعلقت نفسه به، بخلاف ما إذا لم يؤبره، فإنه لم يصنع فيه شيئًا[(٣)].

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٩٠، ١٩١)، وانظر طرح التثريب (٦/ ١٠٤).
(٢) الإنصاف (٥/ ٦٠).
(٣) الشرح الممتع (٩/ ١٧).

ورغم قوة هذا القول لكونه منطوق الحديث النبوي، فإنه يعكر عليه ما يلي:

أولًا: قال ابن عبد البر في التمهيد: «لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إناثه، فأخر إباره، وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله، أن حكمه حكم ما أبر؛ لأنه قد جاء عليه وقت الأبار، وظهرت ثمرته بعد تغيبها في الخف»(١).

فهذا الإجماع إن صح قد يعكر على من علق الحكم بالتأبير.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار أيضًا: «الإجماع على أن الثمرة لو لم تؤبر حتى تناهت، وصارت بلحًا أو بسرًا، وبيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه، قالوا: فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة، فاعتبروا ظهور الثمرة، ولم يفرقوا بين المؤبر وغير المؤبر»(٢).

ثانيًا: قال ابن حجر: «لا يشترط في التأبير أن يؤبره أحد، بل لو تأبر بنفسه لم يختلف الحكم عند جميع القائلين به»(٣).

وهذا أيضًا يعكر على قول شيخنا ﷺ: إن البائع إذا أبره فقد عمل فيه عملًا يصلحه، وتعلقت نفسه به، بخلاف ما إذا لم يؤبره، فإنه لم يصنع شيئًا فيه.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها أجد أن مذهب ابن أبي ليلى هو أضعف الأقوال، حيث إنه يخالف صريح الحديث، ولعله لم يبلغه، ويليه بالضعف مذهب الحنفية حيث أخذوا بمنطوق حديث ابن عمر في المؤبرة، وهو لا يقول بدليل الخطاب، فألحق غير المؤبرة بالمؤبرة، وأقوى الأقوال القول بالتأبير فهو

---

(١) التمهيد (١٣/ ٢٩١).

(٢) الاستذكار (١٩/ ٨٦)، وانظر التمهيد (١٣/ ٢٩١).

(٣) فتح الباري (٤/ ٤٠٢).

أسعدها بالدليل، لأنه منطوق الحديث، فمن أخذ به فقد أخذ بظاهر الحديث، وأما القول بالتشقق فيأتي بعده بالقوة، ولا يبعد أن يكون المعنى يقتضيه.



المسألة الأولى
لو لم يعلم بالتأبير
أو لم يعلم في حكم الثمر المؤبر

[م - ١٥٦] قال في الإنصاف: «لو اشترى أرضًا فيه زرع للبائع، أو شجرًا فيها ثمر للبائع، وظن دخوله في البيع، أو ادعى الجهل به، ومثله يجهله، فله الفسخ»(١).

وقال الشافعي في الأم: «إن كانت الأرض غائبة عند البيع عن البائع والمشتري، أو عن المشتري دون البائع، فوجد في شجرها ثمرًا قد أبر، وزرعًا قد طلع، فالمشتري بالخيار إذا علم هذا، إن كان قد رأى الأرض قبل الشراء ورضيها؛ لأن في هذا عليه نقصًا بانقطاع الثمرة عنه عامه ذلك، وحبس شجره بالثمرة، وشغل أرضه بالزرع، وبالداخل فيها عليه، إذا كانت له ثمرتها؛ لأنه ليس له أن يمنعه الدخول عليه في أرضه لتعاهد ثمرته، ولا يمنع من يصلح له أرضه من عمل له، فإن أحب أجاز البيع، وإن أحب رده»(٢).

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وكذا مشتر نخلًا عليها طلع، ظن المشتري طلعها لم يؤبر، فيدخل في البيع، فبان مؤبرًا... فيثبت له الخيار... ويثبت خيار لمشتر أرضًا، أو شجرًا، ظن دخول زرع بأرض، أو دخول ثمرة على شجر لبائع، كما لو جهل وجودهما، أي الزرع والثمر لبائع؛ لتضرره بفوات منفعة

---

(١) الإنصاف (٥/ ٥٩).
(٢) الأم (٣/ ٤٥).

الأرض والشجر ذلك العام، والقول قوله أي المشتري بيمينه في جهله ذلك إن جهله مثله، كعامي؛ لأن الظاهر معه، وإلا لم يقبل قوله»[١].



(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨١، ٨٢).

المسألة الثانية
إذا اشترطت الثمرة التي على النخل

المطلب الأول
إذا اشترط الثمرة المشتري

[م - ١٥٧] سبق لنا تحرير مسألة ما إذا باع نخلًا وعليها ثمرة، وأطلق البيع من غير تعرض للثمرة، فإن شرطها المشتري قبل التأبير صح الاشتراط، ويكون ذلك من باب التوكيد؛ لأن الثمرة له من غير اشتراط.

وإن اشترطها المشتري بعد التأبير كانت للمشتري بالاتفاق، إن كانت الثمرة ثمرة نخل، وقد نص حديث ابن عمر المتفق عليه على ذلك.

قال ابن عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**... الحديث(١).

وثمار غير النخل مقيس عليه عند الأئمة الأربعة.

وقال ابن حزم: الظاهر من الثمار للبائع، لا يحل بيعه لا مع الأصول، ولا دونه، ولا يصح أن يشترطه المشتري؛ لأن الاشتراط إنما جاء بالنص في ثمرة النخل، والقياس عنده باطل(٢).

واستدل ابن حزم:

(ح -٨٠) بما رواه الشيخان من طريق حميد، حدثنا **أنس بن مالك** رضي الله عنه، **عن**

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).
(٢) انظر المحلى (مسألة: ١٤٥٢).

النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن النخل حتى يزهو، قيل: وما يزهو؟ قال: يحمار أو يصفار(١).

قال ابن حزم: «لا يجوز في ثمرة النخل إلا الاشتراط فقط ما لم تزه... فلا يجوز بيعها قبل أن تزهي أصلًا، وأباح عليه السلام اشتراطها، فيجوز ما أجازه عليه السلام ويحرم ما نهى عنه».

وانتقد العراقي قول ابن حزم، فقال: «كان مقتضى الجمود على الظاهر أن يكون ثمر غير النخل الظاهر للمشتري؛ لأنها داخلة في اسم الشجرة، وكونه يمتنع بيعها قبل بدو الصلاح بدون شرط القطع لا ينافي اندراجها تبعًا؛ لأنه يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال»(٢).

ومذهب الظاهرية أضعف ما يكون في باب المعاملات المالية بخلاف العبادات فإن مذهبهم فيه قوة في غالب المسائل؛ لأن أحكامه غير معللة غالبًا، ولذلك أغرب من قول ابن حزم هذا قوله رحمه الله: «من باع نخلة أو نخلتين، وفيها ثمر قد أبر، لم يجز للمبتاع اشتراط ثمرتها أصلًا، ولا يجوز ذلك إلا في ثلاثة فصاعدًا... لقول رسول الله ﷺ: «**من باع نخلًا قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**».

فلم يحكم عليه السلام بذلك إلا في نخل، وأقل ما يقع عليه اسم نخل، ثلاث فصاعدًا؛ لأن لفظ التثنية الواقع على اثنين معروف في اللغة التي بها نزل القرآن، وخاطبنا بها رسول الله ﷺ، وأول لفظ الجمع إنما يقع على الثلاث فصاعدًا»(٣).

---

(١) صحيح البخاري (٢١٩٧)، ومسلم (١٥٥٥).

(٢) طرح التثريب (٦/ ١٠٦).

(٣) المحلى (مسألة: ١٤٥٥).

المطلب الثاني
أن يشترط البائع الثمرة

[م - ١٥٨] إذا شرط البائع الثمرة لنفسه بعد التأبير كان الشرط من باب التوكيد؛ لأن الثمرة له، ولو لم يشترط بمقتضى حديث ابن عمر المتفق عليه.

قال ابن عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**... الحديث[١].

وإن اشترطها البائع قبل التأبير كانت له عند جماهير العلماء[٢].

وخالف مالك: فقال: لا يجوز شرطها للبائع قبل التأبير[٣].

ولا تتأتى هذه المسألة على مذهب الحنفية؛ لأنهم يقولون بأنها للبائع مطلقًا قبل التأبير وبعده، فإذا اشترطها لنفسه قبل التأبير فهو من باب التوكيد عندهم.

❑ دليل الجمهور:

الدليل الأول:

(ح-٨١) ما رواه البخاري ومسلم من طريق سالم، عن ابن عمر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**... الحديث[٤].

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٤/ ١٣٨، ١٣٩)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٥٥)، مغني المحتاج (٢/ ٨٦)، طرح التثريب (٦/ ١٠٤)، فتح الباري (٤/ ٤٠٢)، المغني (٤/ ٦٣)، الفروع (٤/ ٧١).

(٣) المنتقى للباجي (٤/ ٢١٧).

(٤) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

وجه الاستدلال:

قوله (إلا أن يشترط المبتاع) والمبتاع وإن كان المقصود به المشتري، فإذا صح أن يشترط المشتري ما كان من حق البائع ساغ للبائع أن يشترط ما هو من حق المشتري، ولأن البائع أحد المتبايعين، فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري.

الوجه الثاني:

أن اشتراط البائع الثمرة هو استثناء لبعض ما وقع عليه العقد، وهو معلوم، فإذا كانت الثنيا معلومة صح الاستثناء، كما لو باع بستانًا واستثنى منه نخلة معلومة.

الوجه الثالث:

أن الاستثناء استبقاء لبعض ملكه، فيصح؛ لأن الاستبقاء أقوى من الابتداء.

□ وجه قول مالك:

أن هذا كامن لم يظهر بعد، فكان كالجنين في بطن أمه[(١)].

والراجح قول الجمهور؛ لأن الاستثناء ليس بيعًا على الصحيح، وإنما إبقاء لملكه، فهو كأنه باع النخلة إلا ثمرتها، وهذا يعني أنها لم تدخل في العقد، ولذلك جاء في الذخيرة: «قال صاحب الإكمال: المشهور منع اشتراط البائع ما لم يؤبر، وعلى القول بأن المستثنى غير مبيع يجوز»[(٢)].



(١) المنتقى شرح الموطأ (٤/ ٢١٧).

(٢) الذخيرة (٥/ ١٥٧).

الفرع الثاني
في ثمر النخل إذا بيع وقد أبر بعضه

[م - ١٥٩] إذا أبر بعض النخل، وبعضه لم يؤبر، فمن تكون له الثمرة؟

هذه المسألة لا تتأتى على مذهب الحنفية، لأنهم يقولون: إن الثمرة للبائع مطلقًا قبل التأبير وبعده، ولذا سيكون تحرير الأقوال بحسب بقية المذاهب عدا الحنفية.

فقيل: إن أبرت كلها أو أكثرها، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطه المشتري، وإن أبر منها دون النصف، فإنها تكون للمشتري، وإن أبر نصفها كان لكل حكمه، فالمؤبر للبائع، وغيره للمشتري، لا فرق بين الشائع وغيره. هذا مذهب المالكية(١).

وقيل: إذا أبر نخلة تبعها في الحكم جميع النخل التي في البستان، بشرط أن يتحد المؤبر وغيره في البستان، والعقد، والنوع.

فإن اختلف في شيء منها بأن اشترى في عقد نخل بستانين، ولو متلاصقين، أو نخلًا وعنبًا، ، أو في عقدين المؤبر في عقد، وغير المؤبر في عقد فلا تبعية لانقطاعهما، هذا هو الراجِح في مذهب الشافعية(٢)، وقول في مذهب الحنابلة(٣).

وقيل: ما أبر للبائع، وما لم يؤبر فهو للمشتري، قليلًا كان أ و كثيرًا، وهذا

---

(١) الذخيرة (٥/ ١٥٨)، البيان والتحصيل (٧/ ٣٠٦)، الخرشي (٥/ ١٨١)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧١).

(٢) أسنى المطالب (٢/ ١٠٢)، مغني المحتاج (٢/ ٨٧)، روضة الطالبين (٣/ ٥٥٣)، الوسيط (٣/ ١٧٨)، المهذب (١/ ٢٧٩).

(٣) الإنصاف (٥/ ٦٤)، الكافي (٢/ ٦٩).

مذهب الحنابلة[١]، وقول في مذهب المالكية[٢].

❑ دليل المالكية بأن الحكم للأكثر:

مشى المالكية رحمهم الله على القاعدة الفقهية التي تقول: (الأقل تبع للأكثر، وللأكثر حكم الكل) في مسائل كثيرة مختلفة، ومنها هذه المسألة.

قال الشاطبي: «للقليل مع الكثير حكم التبعية، ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة، وإن لم يكن بينهما تلازم في الوجود، ولكن العادة جارية بأن القليل إذا انضم إلى الكثير في حكم الملغى قصدًا، فكان كالملغى حكمًا»[٣].

قال العلامة مسلم بن علي الدمشقي: «الأصول مبنية على أن الأقل تبع للأكثر»[٤].

وقال السرخسي: «إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع»[٥].

وقال ابن مفلح الصغير في المبدع: «الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام»[٦].

❑ دليل الشافعية أنه إذا أبر واحدة فقد أبر الجميع من نفس النوع:

الدليل الأول:

(ح - ٨٢) ما رواه أحمد، قال: ثنا عبد الرزاق، قال: ثنا معمر، عن

---

(١) الإنصاف (٥/ ٦٣، ٦٤)، الكافي (٢/ ٦٩)، المبدع (٤/ ١٦٤)، المغني (٤/ ٦٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٣).

(٢) الكافي لابن عبد البر (ص٣٣٥).

(٣) الموافقات (٣/ ١٨١).

(٤) الفروق الفقهية (ص١١٢)..

(٥) المبسوط (١٦/ ١٠٠).

(٦) المبدع (٢/ ٣١١).

الزهري، عن سالم، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: **من باع عبدًا فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلا فيها ثمرة قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**[١].

[انفرد عبد الرزاق بلفظ (فيها ثمرة قد أبرت) والمحفوظ من باع نخلًا قد أبرت][٢].

وجه الاستدلال:

قوله (وفيها ثمرة قد أبرت) فلم يشترط تأبير جميع الثمار.

الدليل الثاني:

ولأننا إذا جعلنا المؤبر للبائع، وجعلنا غيره للمشتري، أدى ذلك إلى الاشتراك في البستان، وهذه الشراكة قد تلحق ضررًا بالبائع، والضرر في الشرع مدفوع.

ويجاب:

بأن الشراكة ليست ضررًا، ولو كانت كذلك ما جازت في البيع مطلقًا، فإذا دخل المشتري على بينة من أمره، وأن العقد سوف يقتضي الشراكة جاز لرضاه بذلك، وإذا أجاز الشرع الشراكة إذا أبرت جميع الثمار، فالأصل للمشتري، والثمار للبائع بمقتضى الحديث النبوي، وهذا فيه نوع من الشركة، جازت الشراكة في بعض النخل دون بعض، بحيث تكون ثمار النخل التي لم تؤبر للمشتري، وثمار النخل التي أبرت للبائع.

---

(١) المسند (٢/ ١٥٠)، وهو في مصنف عبد الرزاق (١٤٦٢٠).

(٢) تابع الإمام أحمد كل من محمد بن رافع كما في سنن النسائي الكبرى (٤٩٩٢)، وهو ثقة، من رجال الشيخين. =

. . . .

= ومحمد بن عبد الله بن مهل الصنعاني كما في مستخرج أبي عوانة (٥٠٧٦)، وهو رجل صدوق.
قال ابن أبي حاتم الرازي: كتبت عنه بمكة، وهو صدوق. الجرح والتعديل (٧/ ٣٠٥)، وفي التقريب: صدوق روياه عن عبد الرزاق به.
وقد انفرد عبد الرزاق عن معمر بهذا اللفظ، وهو لفظ شاذ، وقد رواه غيره عن معمر، عن الزهري، كما رواه غير معمر عن الزهري، عن سالم عن ابن عِمر، ولم يقولوا ما قاله عبد الرزاق، والله أعلم.
فقد رواه محمد بن جعفر، كما في مسند أحمد (٢/ ٨٢).
ورواه أبو يعلى (٥٥٠٨) من طريق وهيب، كلاهما عن معمر بلفظ (من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)، ولم يذكرا ما ذكره عبد الرزاق عن معمر.
كما رواه أخص أصحاب الزهري، ولم يذكروا ما ذكره عبد الرزاق، عن معمر.
فرواه سفيان ابن عيينة، والليث، ويونس، وابن جريج، وابن أبي ذئب، وعبد الرحمن بن نمر، وصالح، وسفيان ابن حسين، وغيرهم كلهم رووه عن الزهري، وليس فيه ما ذكره عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري.
وإليك تخريج طريق الزهري، عن سالم، عن ابن عمر:
فقد رواه الشافعي في مسنده (ص١٤٢) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٠٠)، والحميدي (٦١٣)، وأحمد (٢/ ٩)، ومسلم (١٥٤٣) والنسائي في المجتبى (٤٦٣٦)، والسنن الكبرى (٤٩٩١)، وأبو داود في سننه (٣٤٣٣)، وابن ماجه (٢٢١١)، وأبويعلى (٥٤٢٧)، وابن الجارود في المنتقى (٦٢٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٩٧، ٣٢٤)، عن سفيان بن عيينة.
كما رواه البخاري في صحيحه (٢٣٧٩) ومسلم (١٥٤٣) وابن ماجه (٢٢١١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٦)، وابن حبان (٤٩٢٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٩٧، ٣٢٤) من طريق الليث.
كما رواه أبو عوانة في مستخرجه (٥٠٧٣) من طريق صالح.
وأخرجه أيضًا (٥٠٧٤) من طريق ابن جريج.
وأخرجه أبو داود الطيالسي (١٨٠٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٦) من طريق ابن أبي ذئب. =

الدليل الثالث:

ولأن إفراد كل نخلة بحكم فيه عسر، وضرر، والضرر مدفوع.

الدليل الرابع:

ولأن الباطن سائر إلى الظهور، فكما يتبع باطن الصبرة ظاهرها في الرؤية، يتبع ما لم يخرج من الثمار ما خرج منها، خاصة أن الثمرة ثمرة عام واحد.

= وأخرجه مسلم (١٥٤٣)، أبو يعلى الموصلي (٥٤٦٨) من طريق يونس بن يزيد.
وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٩٩٠)، والبزار في مسنده (١١٢) من طريق سفيان بن حسين.
ورواه الطبراني في المعجم الكبير (١٢/ ٢٨٤) رقم ١٣١٣٠من طريق سليمان بن أبي داود.
كما رواه ابن طهمان في مشيخته (١٧٩) عن عباد بن إسحاق.
كما رواه الطبراني في مسند الشاميين (٢٩١١) من طريق الوليد بن مسلم، عن عبد الرحمن بن نمر.
كلهم عن الزهري به، بلفظ: (من باع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع).
قال ابن حزم في المحلى (٧/ ٣٣٩) مسألة ١٤٥٤: ومن باع أصول نخل، وفيها ثمرة قد أبرت، فللمشتري أن يشترط جميعها إن شاء، أو نصفها، أو ثلثها...... وقوله ﷺ: «وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع....».
قال النووي في المجموع (١١/ ٥٣): «قد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضي أن لفظ الحديث: (وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) وهذا لو ثبت كان صريحًا في المطلوب، لكني لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها، وإنما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع، واللفظ الذي ذكره ابن حزم لم يذكره بإسناد، بل أتى به في ضمن استدلال فلعله لم يتثبت».
قلت: قد وقفت عليه في المسند، وفي مصنف عبد الرزاق، وفي سنن النسائي، وفي مستخرج أبي عوانة، كما تبين لك من التخريج، ولكنه لا يثبت لشذوذه، وإن كان رجاله ثقات.
كما رواه غير سالم، عن ابن عمر، فقد رواه الشيخان عن نافع، عن ابن عمر وليس فيه ما ذكره عبد الرزاق.

الدليل الخامس:

القياس على النخلة الواحدة، فإن العادة جارية بتأبير بعض ثمار النخلة على بعض، ولم تجر العادة بتأبيرها جميعها، فإذا كان يتبع غير المؤبر المؤبر في النخلة الواحدة، فليتبع غير المؤبر من الثمار الثمر المؤبر في البستان الواحد.

الدليل السادس:

القياس على جواز بيع ثمر البستان الذي بدا صلاح بعضه، فكما يتبع الثمر الذي لم يبد صلاحه يتبع الثمر الذي بدا صلاحه، فكذلك يتبع ثمرُ النخل غير المؤبر ثمرَ النخل المؤبر.

☐ دليل الحنابلة على أن النخلة المؤبرة للبائع وغيرها للمشتري:

(ح-٨٣) استدل الحنابلة بما رواه البخاري ومسلم من طريق سالم عن ابن عمر: رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع. . .** الحديث[1].

وجه الاستدلال:

التأبير صفة للنخل المبيعة، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع، أما غير المؤبر فلا يشمله الحكم.

☐ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها نجد أن مذهب الحنابلة أحوط لمن أراد أن يسلك مسلك الاحتياط، لكن القول بأنه إذا باع نخلًا بعضه مؤبر وبعضه لم يؤبر، وكان الغالب عليه التأبير أن الحكم للأكثر قول له قوة، ويتفق مع قواعد

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

الشرع، ولا تجد مذهبًا من مذاهب الفقهاء إلا وتجده قد استدل بهذه القاعدة في جزئية ما من الأحكام الشرعية، وعدم طردها يرجع إلى أن شأن القواعد أغلبي التطبيق.



الفرع الثالث
في تأبير بعض الثمرة في الشجرة الواحدة

[م - ١٦٠] اختلف العلماء فيما لو أبرت بعض الثمرة، وبعضها لم تؤبر، أو لم تظهر، في شجرة واحدة، فلمن تكون؟

فقيل: ما ظهر من الثمار فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشتري.

وهذا قول في مذهب الشافعية(١)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٢).

وقيل: الكل للبائع، وعليه جمهور الشافعية(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

قال العراقي في طرح التثريب: «اختلف أصحابنا الشافعية في مسألة، وهي: ما لو باع نخلة، وبقيت الثمرة له؛ لكونها ظاهرة، ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة، أو من أخرى حيث يقتضي الحال اشتراكهما في الحكم:

فقال ابن أبي هريرة: هو للمشتري. وقال الجمهور: هو للبائع.

ولكل من القولين متعلق من الحديث، فالجمهور يقولون جعل الشرع ثمرةَ المؤبرةِ للبائع، وهذا من ثمرةِ المؤبرة.

وابن أبي هريرة يقول: إنما جعل له ما وجد وظهر، فأما ما لم يوجد فقد حدث على ملك المشتري، وهو أقيس، والأول أسعد بالحديث وأقرب إليه والله أعلم»(٥).

---

(١) طرح التثريب (٦/ ١٠٦).
(٢) الإنصاف (٥/ ٦٣).
(٣) طرح التثريب (٦/ ١٠٦).
(٤) الإنصاف (٥/ ٦٤).
(٥) طرح التثريب (٦/ ١٠٦).

الفرع الرابع
في اشتراط بعض الثمرة

[م - ١٦١] سبق لنا أن الراجح من أقوال أهل العلم أن الثمرة إذا أبرت فهي للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، وهذا ظاهر في اشتراط جميع الثمرة، أما لو اشترط جزءًا منها، ثلثها، أو نصفها، أو أقل أو أكثر، فقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يصح اشتراط البعض إذا كان معلومًا، وهو مذهب الحنفية(١)، وقول أشهب من المالكية(٢)، ومذهب الشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

---

(١) نستطيع أن نعرف مذهب الحنفية في هذه المسألة بناء على قواعد مذهبهم، أن بيع الثمار يجوز بيعه منفردًا مطلقًا، سواء كان له قيمة، أو ليس له قيمة، وما صح بيعه منفردًا صح استثناؤه، انظر تبيين الحقائق (٤/ ١١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٨٥).
جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مادة (٢١٩): كل ما جاز بيعه منفردًا جاز استثناؤه من المبيع مثلا: لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلًا على أنه له صح البيع. (الهندية) سواء كان ذلك الشيء بناء، أو شجرًا، مما يدخل تبعًا في المبيع، أو كان كذا كيلة حنطة، أو رطل خل مما لا يدخل تبعًا في المبيع، بل يجب ذكره في البيع.
أما ما لا يجوز بيعه منفردًا فلا يجوز استثناؤه من المبيع، والبيع في هذه الصورة يكون فاسدًا، والأشياء التي لا يجوز بيعها منفردة على نوعين: الأول: كبيع الجنين في بطن أمه، أو عضو من أعضاء الحيوان، أو حلية السيف مما هو جزء متصل بغيره.
والثاني: ما كان مجهولًا ومثال ذلك أن يبيع رجل قطيع غنم على أن يبقي له من ذلك شاة غير معينة، فالبيع فاسد. انظر المادة ٥ ٢٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) الكافي لابن عبد البر (ص٣٣٦)، التمهيد (١٣/ ٢٨٦)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٦)

(٣) نهاية المحتاج (٤/ ١٣٨، ١٣٩)، حاشية البجيرمي (٢/ ٣٠٠)، المجموع (١١/ ٢٣، ٣٩).

(٤) المغني (٤/ ٦٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩٧، ١٩٨).

القول الثاني:

لا يصح اشتراط بعض الثمرة، ولو كان معلومًا، وهو مذهب المالكية(١).

☐ دليل الجمهور على جواز اشتراط البعض:

(ح-٨٤) استدلوا بما رواه البخاري ومسلم من طريق سالم عن ابن عمر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع... الحديث**(٢).

وجه الاستدلال:

قوله (إلا أن يشترط المبتاع) ولم يقل: إلا أن يشترطها المبتاع، فكأنه قال: إلا أن يشترط المبتاع شيئًا من ذلك، فدل إطلاق الاشتراط على جواز أن يكون الاشتراط لشيء معلوم منها.

قال ابن عبد البر: «حديث ابن عمر هذا في قصة النخل... (يشترط) بلا هاء لا يقولون (يشترطها)... ومعلوم أن الهاء لو وردت في هذا الحديث لكانت ضميرًا في يشترطها عائدًا على ثمرة النخل... فكأنه قال إلا أن يشترط المبتاع شيئًا من ذلك، وفي سقوط الهاء من ذلك دليل على صحة ما ذهب إليه أشهب في قوله: جائز لمن ابتاع نخلًا قد أبرت أن يشترط من الثمرة نصفها، أو جزءًا منها...»(٣).

---

(١) وهذه رواية ابن القاسم عن مالك.
انظر الكافي لابن عبد البر (ص٣٣٦)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٦)، الشرح الكبير (٣/ ١٧٢)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٢)، بلغة السالك (٣/ ١٤٢).

(٢) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

(٣) التمهيد (١٣/ ٢٨٦)، وانظر طرح التثريب (٦/ ١٠٧).

الدليل الثاني:

أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه، وما لم يدخل الربا في جميعه فأحرى أن لا يدخل في بعضه[١].

الدليل الثالث:

استثناء بعض المبيع من الكل ليس بيعًا، وإنما هو استبقاء لملكه، فإذا كان الاستثناء من المبيع لا يؤدي إلى أن يكون المستثنى منه مجهولًا جاز، لعدم جهالة المبيع.

❑ دليل المالكية على المنع من اشتراط بعض الثمرة:

الدليل الأول:

قالوا: لا يجوز اشتراط بعض الثمرة، كما لا يجوز اشتراط بعض الصبرة، أو بعض الزرع، أو حلية السيف، أو أحد عبدين يبيعهما ويستثنى مال أحدهما[٢].

ويجاب:

بأن اشتراط بعض الصبرة وما ذكر معه اشتراط مقدار مجهول، وأما اشتراط نصف الثمرة، أو ثلثها، أو نصفها، أو شيء معلوم منها، فإنه اشتراط جزء معلوم، فالجهالة منتفية فلا يوجد ما يمنع.

الدليل الثاني:

قوله في الحديث (فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) الاستدلال بقوله (فثمرتها) يشمل جميع الثمرة، إلا أن يشترط المبتاع عائد إلى جميع الثمرة.

---

(١) التمهيد (١٣/ ٢٨٦).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ١٠٦)، الخرشي (٥/ ١٨٢).

ويجاب:

بأن الحديث اشتمل على حكمين:

الأول: أن الثمرة جميعها للبائع، ولو لم يشترط. وهذا نص في العموم من قوله (فثمرتها للبائع).

الثاني: أن الحديث أعطى المشتري حق الاشتراط، وأطلق، بقوله (إلا أن يشترط المبتاع) ولم يقل إلا أن يشترطها، وعلى التسليم بأن الحديث نص في اشتراط جميع الثمرة، فإذا جاز اشتراط جميعها، جاز اشتراط بعضها إذا كان معلومًا، كل ما هنالك أن المشتري أبقى بعض ملكه على الثمرة في الاشتراط، ولم تشملها الصفقة، وهذا لا محذور منه.

الدليل الثالث:

قال في الفواكه الدواني: «ظاهر قول المصنف: إلا أن يشترطها المبتاع، أنه لا يجوز اشتراط بعضها، وهو كذلك؛ لأنه إنما جاز بيعها قبل بدو صلاحها في تلك الحال بطريق التبعية لأصلها، واشتراط بعضها يقتضي قصد بيعها لذاتها، وعدم التبعية»[١].

❑ الراجح:

القول الراجح قول الجمهور، وقول المالكية رحمهم الله فيه ظاهرية واضحة، وإن كان الظاهر من استدلالهم منع اشتراط بعض الثمرة إذا لم يبين مقدار المستثنى، وهذا حتى الجمهور يمنعونه والله أعلم.



(١) الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥).

الفرع الخامس
إذا كانت الثمرة للبائع
فهل له أن يبقيها إلى الجذاذ

[م - ١٦٢] إذا كانت الثمرة للبائع إما بموجب الشرط، أو بمقتضى العقد، كما جاء في حديث ابن عمر المتفق عليه: (من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع)، فهل له أن يبقيها إلى الجذاذ، أو يجب عليه قطع الثمرة. اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

للمشتري أن يطالبه بقلعها عن النخل في الحال، ولا يلزمه أن يصبر إلى الجذاذ، فإن اشترط البائع في البيع ترك الثمرة إلى الجذاذ، فالبيع فاسد، وهذا مذهب الحنفية(١).

القول الثاني:

له تركها إلى أوان جذاذها، ولا يحق للمشتري أن يطالبه بقلعها إلا أن يشترط عليه قلعها، وهذا مذهب الجمهور(٢).

---

(١) عمدة القاري (١٢/ ١٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٦).

(٢) انظر في مذهب المالكية: شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٣٤)، المنتقى للباجي (٤/ ٢١٥)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥)، منح الجليل (٥/ ٢٨٤)، الخرشي (٥/ ١٨٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٢٣٠).
وانظر في مذهب الشافعية: الأم (٣/ ٤٣)، الأوسط (٣/ ١٧٩)، مغني المحتاج (٢/ ٨٧)، أسنى المطالب (٢/ ١٠٣)، المجموع (١١/ ١٠٤)، السراج الوهاج (ص١٩٩).
وانظر في مذهب الحنابلة: المغني (٤/ ٦٤)، الإنصاف (٥/ ٦٠)، زاد المستقنع (ص١١٣)، الكافي (٢/ ٧١)، الفروع (٤/ ٦٩)، قواعد ابن رجب (ص١٩١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٨١).

القول الثالث:

لا يجوز لمشتري الأصول أن يلزم البائع قلع الثمرة حتى يبدو صلاحها. وهذا اختيار ابن حزم[١].

❑ دليل الحنفية على وجوب القطع:

الدليل الأول:

أن البيع يوجب تسليم المبيع عقبه بلا فصل؛ لأنه عقد معاوضة: تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم، فالقول بتأخير التسليم يخالف مقتضى العقد.

الدليل الثاني:

أنه مبيع مشغول بملك البائع، فلزم نقله وتفريغه، كما لو باع دارًا فيها طعام، أو قماش له.

❑ دليل قول الجمهور:

الدليل الأول:

حين جعل الشارع الثمر المؤبر للبائع، كان من لازم ذلك الإذن ببقائه إلى أوان جذاذه؛ لأنه من المعلوم أن الشارع لا يأمر إلا بما فيه فائدة، فلو أخذه البائع بعد التأبير لم يستفد منه، لأنه لا يمكن أن ينتفع به في هذا الوقت، وحرم المشتري من الاستفادة منه مستقبلًا، وهذا لا يمكن أن يأمر به الشارع، فلما جعل الشارع للبائع الثمرة بعد التأبير، فهم من ذلك أن الشارع جعل له حق إبقائه على الشجر إلى حين يصبح الانتفاع منها ممكنًا، لأن الأمر بالشيء أمر بلازمه.

---

(١) المحلى (مسألة: ١٤٥٢).

الدليل الثاني:

أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة، كما لو باع دارًا فيها طعام، لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك، وهو أن ينقله نهارًا، شيئًا بعد شيء، ولا يلزمه النقل ليلًا. فكذلك هاهنا، إفراغ النخل من الثمرة إنما هو في أوان تفريغها، وهو أوان جذاذها.

❑ دليل ابن حزم على أن له إبقاءه إلى أوان صلاحها:

لعل ابن حزم أخذه من أن الشارع أذن له ببيع الثمرة إذا بدا صلاحها، فإذا كان يحق له أن يتصرف فيها بالبيع ونحوه لم يكن له أن يبقيها على رؤوس النخل، ومفهومه إذا كان ممنوعًا من بيعها قبل ذلك كان له أن يبقيها حتى لا تفسد عليه إلى الوقت الذي يأذن له الشارع ببيعها، والتصرف فيها.

(ح-٨٥) فقد روى الشيخان من طريق حميد.

حدثنا أنس بن مالك ﵁، عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن النخل حتى يزهو، قيل: وما يزهو؟ قال: يحمار أو يصفار[(١)].

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول الراجح هو أن له بقاء الثمرة على الشجرة إلى أوان جزازها، والله أعلم.



(١) صحيح البخاري (٢١٩٧)، ومسلم (١٥٥٥).

الفرع السادس
في فحال النخل

[م - ١٦٣] ذكر الشافعية والحنابلة وحدهم - فيما اطلعت عليه - مسألة بيع الفحال المطلع، وجعلوا طلع الفحال كطلع الإناث.

وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية(١)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٢).

وسبق لنا تحرير حكم طلع الإناث في مذهب الشافعية، وأن ما تشقق طلعه فهو للبائع، وما لم يتشقق فهو للمشتري، وإذا بيع مجموعة منها، بعضها قد تشقق، وبعضها لم يتشقق، فكلها للبائع.

وأما مذهب الحنابلة فسبق لنا أن ما تشقق طلعه فهو للبائع، وما لم يتشقق فهو

---

(١) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٢٧٩): «وإن باع فحالًا، وعليه طلع لم يتشقق، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يدخل في بيع الأصل؛ لأن جميع الطلع مقصود مأكول، وهو ظاهر، فلم يتبع الأصل كالتين.

والثاني: أنه يدخل في بيع الأصل، وهو الصحيح؛ لأنه طلع لم يتشقق، فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث، وما قاله الأول لا يصح؛ لأن المقصود ما فيه، وهو الكش الذي يلقح به الإناث، وهو غير ظاهر، فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث».
وانظر مغني المحتاج (٢/ ٨٦)، حاشية البجيرمي (٢/ ٣٠١).

(٢) الفروع (٤/ ٧٢)، الإنصاف (٥/ ٥٩)، قال في المغني (٤/ ٦٤): «إن باع نخلًا فيه فحال وإناث لم يتشقق منه شيء، فالكل للمشتري... فإن طلع الفحال يكون للبائع. وإن كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر، فما تشقق فهو للبائع، وما لم يتشقق للمشتري...».

للمشتري، وإذا بيع مجموعة منها، بعضها قد تشقق، وبعضها لم يتشقق، فما تشقق فهو للبائع، وما لم يتشقق فهو للمشتري.

وأدلتهم في هذه المسألة كأدلتهم في طلع الإناث، وقد سبق ذكرها، فأغنى عن إعادتها هنا.

وقيل: الفحال للبائع مطلقًا، تشقق أو لم يتشقق، وهو وجه مرجوح في مذهب الشافعية(١)، وقول في مذهب الحنابلة(٢).

قال ابن قدامة: «يحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره؛ لأنه يؤخذ للأكل قبل ظهوره، فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة كالتين، ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره. ولنا، أنها ثمرة نخل إذا تركت ظهرت، فهي كالإناث، أو يدخل في عموم الخبر. وما ذكر للوجه الآخر لا يصح؛ فإن أكله ليس هو المقصود منه، وإنما يراد للتلقيح به، وهو يكون بعد ظهوره، فأشبه طلع الإناث»(٣).

❑ الراجح:

النص إنما ورد في النخل المؤبر، وهو في الإناث خاصة، وأما الذكور فلم

---

(١) قال العراقي في طرح التثريب (٦/ ١٠٦): «جعل بعض الشافعية مفهوم هذا الحديث، وهو أن غير المؤبرة للمشتري خاصًا بإناث النخل، وقال: إن ثمرة الذكور للبائع، ولو كانت غير متشققة؛ لأنها تقصد للقطع والأكل، وهي كذلك، فأشبهت المؤبرة من الإناث، والأصح عندهم أنها للمشتري، عملًا بمفهوم الحديث».
وقال النووي في الروضة (٣/ ٥٥٠): «وإن باع الذكور من النخل بعد تشقق طلعها فالطلع للبائع، وإلا فوجهان: أصحهما للمشتري، والثاني: للبائع».

(٢) الفروع (٤/ ٧٢)، الإنصاف (٥/ ٥٩).

(٣) المغني (٤/ ٦٤).

يرد فيها نص، فإن كان هناك عرف أجري العرف بحسبه، وإن لم يكن هناك عرف فالقول بالقياس فيه قوة، والله أعلم.



الفرع السابع
في سقي الشجر إذا
كانت الأصول لرجل والثمار لآخر

[م - ١٦٤] بحث هذه المسألة لا يتأتى وفق مذهب الحنفية، لأنهم يرون وجوب القطع في الحال، وإنما تبحث هذه المسألة وفق مذهب الجمهور القائلين بأن الثمار باقية إلى أوان جذاذها.

فإن كان السقي ينفع الثمار والأشجار، ولم يتضرر أحدهما منه، فلكل واحد منهما السقي، وليس للآخر منعه، وهذا بالاتفاق؛ لأن السقي حينئذ إصلاح للمال من غير إضرار بأحد(١).

وإن أضر السقي الشجرة والثمرة معًا منعا منه؛ لأن في ذلك إفسادًا لمالهما، وإفساد المال ممتنع(٢).

(ح-٨٦) لما رواه الشيخان من طريق كاتب المغيرة بن شعبة، قال: كتب معاوية إلى المغيرة اكتب إلي بشيء سمعته من رسول الله ﷺ فكتب إليه أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: **إن الله كره لكم ثلاثًا قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال**(٣).

وفي رواية للبخاري: كان ينهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال، ومنعٍ وهاتِ، وعقوق الأمهات، ووأد البنات(٤).

---

(١) انظر روضة الطالبين (٣/ ٥٥٤).
(٢) أسنى المطالب (٢/ ١٠٣)، روضة الطالبين (٣/ ٥٥٤).
(٣) صحيح البخاري (١٤٧٧)، وصحيح مسلم (٥٩٣).
(٤) صحيح البخاري (٦٤٧٣)، وهو في مسلم بنحوه (٥٩٣).

وإن احتاج الثمار إلى السقي، وكان فيه ضرر على الأصل، أو احتاج الأصل إلى السقي، وكان فيه ضرر على الثمار، فاختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكية إلى المنع من السقي؛ لأن شرط جواز السقي ما لم يضر أحدهما بالآخر، فإن ضر السقي بالآخر منع منه[(١)].

❑ دليل المالكية:

(ح-٨٧) ما رواه الدارقطني من طريق عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة، ثنا عبد العزيز بن محمد، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: **لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شق الله عليه.**

[المعروف من حديث أبي سعيد أنه مرسل، وهو حسن بشواهده][(٢)].

القول الثاني:

ذهب الشافعية إلى فسخ العقد إذا تنازعا، وكان أحدهما يتضرر من السقي[(٣)].

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٣، ١٧٤)، الخرشي (٥/ ١٨٣، ١٩٣)، منح الجليل (٥/ ٢٨٤)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٣٤)، التاج والإكليل (٤/ ٤٩٧)، جامع الأمهات (ص٣٦٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٣)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٢٣٠).

(٢) سنن الدارقطني (٣/ ٧٧)، وسيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى انظر (ح٢٤٣).

(٣) أسنى المطالب (٢/ ١٠٣)، الأوسط (٣/ ١٨٠)، حاشية البجيرمي (٢/ ٣٠٣، ٣٠٤)، مغني المحتاج (٢/ ٨٨). =

❑ **وجه قول الشافعية:**

لا يمكن أن يمكن أحدهما من إلحاق الضرر بالآخر، وليس أحدهما أولى بالمراعاة من الآخر، فيفسخ العقد لذلك.

القول الثالث:

لكل واحد سقي ماله إذا كان له فيه مصلحة، وإن تضرر الآخر، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[١]، واختاره بعض الشافعية[٢].

❑ **وجه قول الحنابلة:**

أن كل واحد من المتعاقدين إذا طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه؛ لأنه دخل في العقد على ذلك، فالبائع من حقه تبقية الثمرة على الأصول، والسقي من تبقيتها، والمشتري من حقه حفظ الأصول، والسقي سبب لها، فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر، وإن أضر به.

وقد يجاب عنه:

بأنه إنما رضي بذلك على وجه لا يتضرر به، فإذا أضر به لم يلزمه.

= وقال النووي في الروضة (٣/ ٥٥٤): «وإن أضر - يعني السقي - بالثمار، ونفع الأشجار، فأراد المشتري السقي، فمنعه البائع، فوجهان: أحدهما: له السقي. وأصحهما: أنه إن سامح أحدهما بحقه أقر، وإلا فسخ البيع.
وإن أضر بالشجر، ونفع الثمار، فتنازعا، فعلى وجهين:
الأصح يفسخ إن لم يسامح.
والثاني: للبائع السقي. هذا نقل الجمهور...».

(١) المغني (٤/ ٦٦)، الروض المربع (٢/ ١٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٣)، كشاف القناع (٣/ ٢٨١)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩٨).

(٢) المهذب (١/ ٢٨١)، المجموع (١١/ ١١٠).

القول الرابع:

يراعى جانب المشتري (يعني مشتري الأصول) على جانب البائع صاحب الثمرة، وهو وجه آخر عند الشافعية.

وجهه: أن البائع ألزم نفسه سلامة الأشجار(١).

القول الخامس:

عكس هذا القول، وأن البائع أولى بالمراعاة؛ لأنه استحق إبقاء الثمار(٢).

❑ الراجح من الخلاف:

الخلاف في المسألة ليس فيه نص في موضع النزاع، ولكن الترجيح سيكون وفق القواعد الفقهية:

فمن المعلوم أن المشتري والبائع لم يدخلا في العقد إلا وقد التزم أحدهما بحفظ مال الآخر، وإن تضرر ماله، لأن الضرر هنا في مسألتنا هذه عارض، والأصل أن السقي ينفع الثمرة كما ينفع الأصل، ولكن لو عرض هذا الضرر، وكان في السقي إضرار بأحدهما، فإنه من المعلوم عصمة مال كل واحد منهما، وأنه لا يجوز لكي أحفظ مالي أن ألحق الضرر بمال غيري، وهو وإن كان صاحب الشجر قد التزم إبقاء الثمرة، أو كان صاحب الثمرة قد التزم تسليم الشجرة سليمة فإن هذا الالتزام لا يعني أن يلحق الضرر بماله، فإذا حدث هذا العارض، كان هذا نوعًا من العيب الذي بموجبه يثبت الخيار للمتضرر، فإن رضي المتضرر وإلا كان له حق الفسخ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، والله أعلم.

---

(١) انظر المجموع (١١/ ١١٠)، الأوسط (٣/ ١٧٩).

(٢) الأوسط (٣/ ١٧٩).

مسألة
في من يتولى السقي

[م - ١٦٥] من يتولى السقي، هل يتولاه المشتري، صاحب الأصل، أو يتولاه البائع صاحب الثمار؟

هذه المسألة كما سبق لا تتنزل على مذهب الحنفية القائلين بوجوب قطع الثمرة، وإنما يأتي بحثها وفق مذهب الجمهور القائلين بأن له إبقاء الثمرة إلى أوان الجذاذ، وقد اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه القيام بالسقي.

القول الأول:

السقي على البائع؛ لأن البائع لن يسلم الأصل حتى يجد البائع ثمرته، وهذا مذهب المالكية(١).

القول الثاني:

لكل منهما حق السقي لماله، وأيهما طلب السقي أجبر الآخر على تمكينه، ومؤنته عليه؛ لأنه لحاجته. وهذا مذهب الشافعية(٢)، وهو المذهب عند

---

(١) الشرح الكبير (٣/ ٥٠٩)، التاج والإكليل (٥/ ٣٤٣)، الخرشي (٦/ ١٩٣)، الذخيرة (٧/ ٢١٨)، منح الجليل (٧/ ٢٨٠).

(٢) جاء في روضة الطالبين (٣/ ٥٥٤): «وإذا كان السقي ينفع الثمار والأشجار، فلكل واحد السقي، وليس للآخر منعه...».

وجاء في السراج الوهاج (ص١٩٩): «ولكل منهما أي المتبايعين السقي إن انتفع به الشجر، والثمر، أو أحدهما، ولا منع للآخر منه».

وانظر حاشية البجيرمي (٢/ ٣٠٣)، فتح الوهاب (١/ ٣١٠)، مغني المحتاج (٢/ ٨٨)، منهج الطلاب (ص٤٣)، حاشية الجمل على شرح المنهاج (٣/ ٢٠٠)، المجموع (١١/ ١٠٥).

الحنابلة[١].

فلا يجب على البائع سقي الأشجار؛ لأنها خرجت من ملكه.

ولا يجب على المشتري أن يسقي ثمار البائع؛ لأن البائع لم يملك الثمار من جهته، وإنما أبقى ملكه عليها، فمن احتاج منهما إلى السقي أجبر الآخر على تمكينه.

[م-١٦٦] فإن كان ترك السقي ضارًا بالمشتري لامتصاص الثمار رطوبة الأشجار

فقيل: للمشتري أن يجبر البائع على أحد أمرين: إما أن يسقي، وإما أن يقطع الثمار. وهذا مذهب الشافعية[٢]، وقول في مذهب الحنابلة[٣].

وقيل: ليس له أن يجبره على السقي وإن أضر به ترك السقي، وهو قول في مذهب الحنابلة[٤].

❑ الراجح:

نستطيع أن نجمع بين قول المالكية، وقول الشافعية والحنابلة، بأن نقول: إن امتنع البائع من تسليم الأشجار إلى المشتري إلى أوان الجذاذ فإن السقي عليه؛ لأنه يجب عليه أن يسلم الشجر سليمًا إلى المشتري، وإن سلم البائع الأصول

---

(١) كشاف القناع (٣/ ٢٨١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩٨)، كشف المخدرات (ص٤٠٥)، وقال ابن قدامة في المغني (٤/ ٦٦): «وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه؛ لأنه لحاجته».

(٢) المجموع (١١/ ١١٠).

(٣) المغني (٤/ ٦٦).

(٤) المرجع السابق.

إلى المشتري، فهنا نقول بقول الشافعية والحنابلة: من احتاج منهما السقي أجبر الآخر على تمكينه منه، ولا يمكن إجبار البائع على السقي وقد سلم المبيع إلى صاحبه، ولا يمكن أن يجبر المشتري على السقي من أجل الثمار، والثمار لم يملكها البائع من جهته، وإنما نقول: من احتاج منهما السقي فله ذلك ما لم يضر بالآخر، والله أعلم.



الفرع الثامن
في دخول الأرض تبعا إذا باع النخل

[م - ١٦٧] ذكرنا فيما سبق حكم دخول الشجر تبعًا فيما إذا باع الأرض، وأطلق، هل يدخل الشجر في بيع الأرض أو لا يدخل إلا بالشرط؟

وهذه المسألة عكس تلك المسألة، فلو أنه باع النخل، هل تدخل أرض الشجرة تبعًا، أو لا تدخل إلا بالشرط؟

□ تحرير محل الخلاف:

إذا اشتراها بشرط القلع، أو اشتراها بشرط الترك، فله ذلك بحسب شرطه بالاتفاق(١)، وإنما الخلاف فيما إذا اشترى الشجرة، ولم يذكر شيئًا، فهل تدخل أرض الشجرة تبعًا، وهو ما يسمى (بالمغرس) أو لا تدخل؟

فإن قلنا: تدخل فإن الشجرة لو تلفت، أو قلعها المالك فله أن يزرع بدلها، وله أن يبيع مكانها.

وإن قلنا: لا تدخل لم يحق له زرع بدلها.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

فقيل: بدخول الأرض تبعًا للشجر.

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وهو المختار في المذهب(٢)،

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٥)، البحر الرائق (٥/ ٣١٨).

(٢) المبسوط (٣٠/ ١٩٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٧)، البحر الرائق (٥/ ٣١٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٥)، مجمع الأنهر (٣/ ٢٤)، وجاء في فتح القدير بأن هذا القول رواية عن أبي حنيفة (٦/ ٢٨٥).

ومذهب المالكية[١]، ووجه في مذهب الشافعية[٢]، ووجه في مذهب الحنابلة، قال في الإنصاف: ظاهر كلام الإمام أحمد الدخول، حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل: هي له بأصلها[٣].

❑ وجه كون الأرض داخلة تبعًا للشجر:

أن الشجر والنخل لا يسمى كذلك إلا وهو ثابت في الأرض، فكان دخوله في الأرض من ضرورة ما سماه في العقد، ولهذا يذكر مواضعها من الأرض حتى لا يكون في ذلك نزاع بينهما.

ولأن الأرض بعد القلع خشب لا شجر، فلا بد أن تدخل أرض الشجرة فيه، ولهذا دخلت في الإقرار بالإجماع، فلو أقر لرجل بشجرة في أرضه، كانت أرض الشجرة للمقر له.

ويناقش:

بأنه يمكن له أن يأخذ الشجر والنخل إلى أرضه، وذلك بقلعها من جذورها، وزرعها في المكان الذي يريد، لا أن يملك الأصل بملك الفرع، وإنما دخلت في الإقرار بالشجرة؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن، فلا بد من كون سابق على الإقرار، وهو قيامها في الأرض التي هي قرارها، وذلك دليل كون الأرض للمقر له بسبب سابق، فكان الإقرار بكون الشجرة له إقرارا بكون الأرض له أيضًا، ومثل هذه الدلالة لم توجد في البيع، فلا يدخل والله ﷻ أعلم.

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ١٠٥)، مواهب الجليل (٤/ ٤٩٥)، الشرح الكبير (٣/ ١٧٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٠)، مختصر خليل (ص١٨٩)، الفروق للقرافي (٣/ ٢٨٥).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٤٩).

(٣) الإنصاف (٥/ ٥٧).

وقيل: لا تدخل الأرض تبعًا للشجر، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[١]، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية[٢]، الحنابلة[٣].

❑ وجه كون الأرض لا تدخل تبعًا للشجر:

دخول الشيء تبعًا لا بد له من شرطين: إما أن يتناوله الاسم لغة، أو يقضي به عرف، واسم النخل لا يتناول الأرض لا لغة، ولا عرفًا، ولم تذكر الأرض في العقد، والنخل هو من يتبع الأرض، فالأرض أصل، والنخل تبع، وليس العكس، والأصل لا يصير مذكورًا بذكر التبع فلم تدخل.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال فإن الراجح والله أعلم أن نقول: إن كان هناك عرف عمل بمقتضاه، وإن لم يكن هناك عرف فإن اسم الشجرة لا يتناول الأرض، وقد عرف من عمل الناس في وقتنا أنهم يشترون النخل الجيد لغرسه في أرض خالية، لتتحول الأرض البيضاء إلى بستان، والشجر يقبل النقل إذا قلع من عروقه على الوجه المعتاد، وليس كما يقال: بأن الشجرة إذا قلعت تحولت إلى خشب، والله أعلم.

---

(١) المبسوط (٣٠/ ١٩٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٧)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٥)، وجاء في فتح القدير (٦/ ٢٨٥) بأنه رواية عن أبي حنيفة، وإذا قلنا: بدخول مغرسها، فكيف يقدر، جاء في فتح القدير (٦/ ٢٨٥): «يتقدر بقدرها، وقيل: قدر ساقها، وقيل: بقدر ظلها عند الزوال، وقيل: بقدر عروقها العظام...». وانظر مجمع الأنهر (٣/ ٢٤).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٤٩)، مغني المحتاج (٢/ ٨٦)، إعانة الطالبين (٣/ ٤٣)، السراج الوهاج (ص١٩٨).

(٣) جاء في المغني (٤/ ٦٩): «وإن باعه شجرًا لم تدخل الأرض في البيع، ذكره أبو إسحاق ابن شاقلا؛ لأن الاسم لا يتناولها، ولا هي تبع للمبيع».

وانظر المبدع (٤/ ١٦٠)، دليل الطالب (ص١١٧)، منار السبيل (١/ ٣١٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٣)، كشاف القناع (٣/ ٢٧٧).

المبحث الرابع
ما يدخل في بيع الدار

الفرع الأول
يدخل فيها ما يتناوله اسم الدار

[م - ١٦٨] يدخل في بيع الدار بناؤها، وأرضها، وسقفها، وغرفها، وهذا بلا نزاع؛ لأن اسم الدار يتناولها(١).

ويدخل في ذلك علو الدار إلى السماء(٢).

وقد استدل ابن العربي على دخول العلو بقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ﴾ [الزخرف: ٣٣].

قال ابن العربي: «في هذا دليل على أن السقف لصاحب السفل، وذلك لأن البيت عبارة عن قاعة، و جدار، وسقف، وباب، فمن له البيت فله أركانه، ولا خلاف في أن العلو له إلى السماء»(٣).

وقال النووي: «قال الأصحاب: إذا قال: بعتك هذه الدار دخلت في البيع الأرض، والأبنية على تنوعها، سفلها وعلوها، حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها. وحكي عن نصه أن الحمام لا يدخل، وحمله الأصحاب على

(١) الإنصاف (٥/ ٥٤)، المحلى (٧/ ٥٩٨).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٥)، أحكام القرآن لابن العربي (٤/ ٩١)، المغني (٤/ ٦٩).
(٣) أحكام القرآن لابن العربي (٤/ ٩١).

حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل في الأسفار، فأما الحمامات المبنية من الطين والآجر إذا كان بحيث لا يمكن نقله، فإنه يدخل في العقد، وحكوا أن الربيع حمله على ذلك.

وفصل الغزالي في الحمام فقال: إن كان لا يستقل دون الدار اندرج، وإن استقل فهو من الدار كالبناء من البستان، يعني فيجري فيه الخلاف في ذلك. واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذي لا ينقل لا يدخل لقول الشافعي رضي الله عنه: وما كان مما يجب من البنيان مثل البناء بالخشب، فإن هذا متميز، كالنبات، والحديد، فهو لبائعه، إلا أن يدخله المشتري في صفقة البيع. وقال: إنه لم ير أحدًا من الأصحاب تعرض له، وأنه فقه ظاهر؛ لأن ما كان من أجزاء الأرض إذا أثبت فيها، وإذا تغيرت صفته كاللبن يجعل أجزاء، أو لم يتغير كالأحجار، واللبن، يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلًا من أصل الخلقة، بخلاف ما إذا كان من خشب، وإن كان الشجر الأخضر يتبع في بيع الأرض، ولكنه ليس بجزء منها. وإنما تبعها؛ لأنه صار كالجزء المتصل بها، ولهذا ينمو بها بخلاف البناء...

قال النووي معلقًا: إذا كانت الحمام كلها من خشب، وهي مثبتة في الدار لا تنقل، ولا تحول، كانت كالسور الخشب المسمرة التي لا تحول، وفي دخولها وجهان: أصحهما: الدخول كما سيأتي، وإذا كان كذلك فيكون ما قاله ابن الرفعة موافقًا لأحد الوجهين، وليس مما انفرد به عن الأصحاب كما ظن، ولكن مأخذ الأصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذي ذكره، وذلك عندهم في كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله، ولا فرق في ذلك بين أن يكون من خشب، أو طين أو غيرهما.... حتى لو فرضنا حمامًا من حجر، وهي مثبتة في الدار، وكان يمكن أن تنقل وهي على حالها، وينتفع بها، اقتضى أن يجري

فيها الخلاف المذكور في الأمثلة المذكورة، ثم إن الشافعي ﷺ إنما ذكر النص المذكور في الأرض، والمعنى الذي أبداه ابن الرفعة، وهو اعتبار أجزاء الأرض إنما يتم فيها، والكلام هنا إنما هو في بيع الدار، ومن المعلوم أن الدار في العرف غالبا يشتمل على أجناس من أجزاء الأرض وغيرها، ولا يلزم من القول بعدم دخول ما ليس من أجزاء الأرض تحت اسم الأرض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار، والتحقيق ما قدمته من إلحاقها بالسرير ونحوه، والله أعلم»(١).



(١) المجموع (١٠/ ٥١٣، ٥١٤).

الفرع الثاني
يدخل في اسم الدار
ما كان من توابعها متصلاً بها

[م - ١٦٩] يدخل في اسم الدار أيضًا ما كان من توابع المبيع المتصلة المستقرة والتي من مصلحتها، كالأبواب، والسلالم الثابتة، والرفوف المسمرة، والأدراج المثبتة فيها، دون المنقولة[١].

فخرج بقيد الاتصال ما كان منفصلًا عنها كالفرش، والأثاث المنقول، فلا يدخل فيها، إلا المفاتيح فإنها وإن كانت منفصلة فإنها داخلة على الصحيح، وسيأتي تحرير الخلاف.

وقولنا: (السلالم الثابتة) فإن كانت السلالم غير ثابتة، بأن كانت غير مبنية، وتنقل من مكان إلى مكان فهي للبائع[٢].

وجاء في التاج والإكليل: «لا يندرج تحت الدار المنقولات، وتندرج الثوابت كالأبواب... وكل ما في الدار المبيعة حين البيع مما ينقل من دلو، وبكرة، وباب، وحجر، وتراب كان معدًا لإصلاح الدار، أو مما انهدم منها فهو لبائعها لا لمبتاعها إلا بشرط»[٣].

---

(١) المبسوط (٣٠/ ١٧٥)، المادة (٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢) من مجلة الأحكام العدلية الخرشي (٥/ ١٨٣)، منح الجليل (٥/ ٢٨٤)، الشرح الكبير (٣/ ١٧٤)، الفروق للقرافي (٣/ ٢٨٤)، الروض المربع (٢/ ١٢٤)، مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، مادة (٢٩٥، ٢٩٧)، المغني (٤/ ٦٩)، الفروع (٤/ ٦٨).

(٢) التاج والإكليل (٤/ ٤٩٧).

(٣) التاج والإكليل (٤/ ٤٩٧).

وجاء في مواهب الجليل: «يتبع العقار كل ما هو ثابت من مرافقه، كالأبواب، والرفوف والسلاليم المؤدية، والأخصاص، والميازيب، لا منقول إلا المفاتيح»[١].

وقال في مجلة الأحكام الشرعية: «كل منفصل عن المبيع مما لا يشمله اسمه عرفًا، ولا يعد من مصلحته عادة، لا يدخل في البيع بلا تصريح، فلا يدخل الكنز، والحجر المدفونان في بيع الأرض، ولا السرر، والأقفال، والفرش، والغروس الموضوعة في الأواني التي تنقل في بيع الدور، ونحوها»[٢].

قال ابن حزم: من اشترى دارًا فبناؤها كلها له، وكل ما يكون مركبًا فيها من باب، وأدراج، وغير ذلك، وهذا إجماع متيقن[٣].

ونستطيع أن نخرج بضابط يجمع ما تفرق، ويقاس عليه ما لم يذكر، فنقول:

كل ما لا ينقل فإنه يدخل في بيع الدار، إلا أن يجري عرف بخلافه. وكل ما كان ينقل فإنه لا يدخل، إلا أن يجري عرف بخلافه. وعلى هذا فقس.



(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٩٧).
(٢) المادة (٢٩٩).
(٣) المحلى، مسألة (٥٩٨).

الفرع الثالث
في دخول المفاتيح في بيع الدار

[م - ١٧٠] اختلفوا في دخول مفاتيح الدار على قولين:

القول الأول:

تدخل، وهو مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

القول الثاني:

لا تدخل، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية(٥)، والمذهب عند الحنابلة(٦).

وعلل الحنابلة ذلك: أن اسم الدار لا يتناول المفاتيح، وأن المفاتيح منقولة غير متصلة بالدار، وهذا التعليل ليس بشيء، والراجح الأول؛ لأن المفاتيح وإن كانت منقولة إلا أن أقفالها تعتبر مثبتة، وقد ركبت لتبقى، ومفتاح القفل تبعًا للقفل، ألا ترى أنه لو اشترى القفل دخل المفتاح فيه من غير تسمية.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٧٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٩٥).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٩٧)، منح الجليل (٥/ ٢٨٥).

(٣) قال في الروضة (٣/ ٥٤٦): «وفي مفتاح المغلاق المثبت وجهان، أصحهما يدخل، ويجري الوجهان في ألواح الدكاكين، وفي الأعلى من حجر الرحى» وانظر المجموع (١٠/ ٥١٦، ٥١٧)، فتح الوهاب (١/ ٣٠٩).

(٤) المغني (٤/ ٧٠)، الفروع (٤/ ٦٨).

(٥) المجموع (١٠/ ٥١٦، ٥١٧).

(٦) المغني (٤/ ٧٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٩١).

والخلاف في المفاتيح كالخلاف في رحى المنزل، وقد كان ذلك موجودًا في عصر متقدم، فمنهم من أتبع الرحى الفوقاني الرحى السفلي المثبت في الأرض كالمالكية والحنفية، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة(١).

ومنهم من اعتبر الرحى السفلي يدخل في بيع الدار، ولا يدخل الرحى الفوقي؛ لأنه غير متصل بالدار كالحنابلة، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية(٢).

والصحيح أن بابه باب القفل والمفتاح، فكما لا يوجد قفل بلا مفتاح، لا يوجد رحى بدون جزئه العلوي، والله أعلم.

قال ابن قدامة: «وأما ما كان من مصالحها، لكنه منفصل عنها، كالمفتاح، والحجر الفوقاني من الرحى، إذا كان السفلاني منصوبًا، فيحتمل وجهين:

أحدهما: يدخل في البيع؛ لأنه لمصلحتها، فأشبه المنصوب فيها.

والثاني: لا يدخل؛ لأنه منفصل عنها، فأشبه السفلاني إذا لم يكن منصوبًا»(٣).

---

(١) انظر مغني المحتاج (٢/ ٨٥)، فتح الوهاب (١/ ٣٠٩)، روضة الطالبين (٣/ ٥٤٦).
وقال الشيرازي في المهذب (١/ ٢٧٨): «إن كان فيها رحى مبنية دخل الحجر السفلاني في بيعها؛ لأنه متصل بها، وفي الفوقاني وجهان:
أحدهما: أنه يدخل، وهو الصحيح؛ لأنه ينصب هكذا، فدخل فيه كالباب.
والثاني: لا يدخل؛ لأنه منفصل عن المبيع، ويدخل الغلق المسمر في الباب، وفي المفتاح وجهان:
أحدهما: يدخل فيه؛ لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه.
والثاني: لا يدخل؛ لأنه منفصل فلم يدخل فيه، كالدلو، والبكرة».
وانظر الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٧٤)، المغني (٤/ ٧٠).

(٢) الروضة (٣/ ٥٤٦) المجموع (١٠/ ٥١٦، ٥١٧)، المهذب (١/ ٢٧٨).

(٣) المغني (٤/ ٧٠).

نعم يتوجه قول الحنابلة لو كانت المفاتيح لأقفال غير مثبتة بالأبواب، منفصلة عنها، كما لو كان الباب يقفل عن طريق قفل منقول لم يثبت بالباب، وهو ما يمكن أن نسميه بالقفل الخارجي، فمادام أن القفل منقول فالمفتاح تبع للقفل، فلو قيل بعدم دخول القفل ومفتاحه، لكونهما منفصلين عن الباب، لكان هذا القول له وجه، ولعل كلام الحنابلة متوجه لهذا النوع، وليس للقفل المثبت في الباب بالمسامير، فإن القفل تابع للباب، والمفتاح تبع للقفل، ولكن إطلاق الحنابلة على عدم دخول المفتاح مطلقًا ظاهره أن ذلك يشمل مفتاح القفل المنقول والمثبت بدليل أنهم لا يلحقون الرحى الفوقي بالرحى السفلي مع كونهما يشكلان بمجموعهما رحى واحدة، أحدهما ثابت، والآخر منقول، بخلاف الحنفية والشافعية، فإنهم فرقوا بين القفل المنقول والمثبت.

قال في مجمع الأنهر: «وكذا - أي يدخل تبعًا في بيع الدار - مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل، وهو القفل، فإنه ومفتاحه لا يدخلان»[١].

وقال النووي في الروضة: «وفي مفتاح المغلاق المثبت وجهان، أصحهما يدخل»[٢]، فقوله (المغلاق المثبت) أخرج مفتاح القفل غير المثبت، فإنه لا يدخل، والله أعلم.



(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣/ ٢٢)، وانظر الفتاوى الهندية (٣/ ٣١).

(٢) الروضة (٣/ ٥٤٦).

الفرع الرابع
في دخول بستان الدار في بيع الدار

[م - ١٧١] يدخل في بيع الدار بستان الدار، إن كان البستان داخل الدار، وإن كان خارج الدار لم يدخل؛ لأن الاسم لا يتناوله.

قال في تبيين الحقائق: «ويدخل البستان الذي في الدار، صغيرًا كان أو كبيرًا، وإن كان خارج الدار لا يدخل»(١).

قال النووي: «ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد، وإن قال: بحقوقها، لأن اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار، قاله القاضي حسين»(٢).

واختار بعض الحنفية أنه إن كان البستان أصغر من الدار، ومفتحها إلى الدار يدخل في بيع الدار، وإن كان البستان أكبر من الدار، لا يدخل في بيع الدار(٣).



(١) تبيين الحقائق (٤/ ٩).
(٢) المجموع (١٠/ ٥١٨).
(٣) تبيين الحقائق (٤/ ٩٨).

الفرع الخامس
ما دخل في بيع الأرض
دخل في بيع الدار إن كان ذلك في داخلها

[م - ١٧٢] فلو كان في داخل الدار شجر دخل في بيع الدار على الصحيح، وكذلك يدخل بئر، ومعدن جامد، و حجر مخلوق منها؛ لأن اتصال هؤلاء أقوى من اتصال الرفوف المسمرة، والأبواب المثبتة؛ ولأن الدار اسم للأرض والبناء معًا، فما دخل في بيع الأرض دخل في بيع الدار ما دام داخل حدودها، متصلًا بها على وجه الثبوت والدوام، فالدار عند الإطلاق تشمل جميع ما أحاط به بنيانها، وكذا ما اتصل بها مما بني لمصلحتها.

قال الزيلعي: «الأصل في جنس هذه المسائل أن الشيء إذا كان متصلًا بالمبيع اتصال قرار دخل في المبيع تبعًا، وإلا فلا»(١).

وقال أيضًا: «وتدخل البئر الكائنة في الدار، وإن كان عليها بكرة تدخل، ولا يدخل الحبل، والدلو المعلقان عليها، إلا إن كان قال بمرافقها»(٢).

وقال في الجوهرة النيرة: «إذا باع الدار دخل في البيع جميع ما كان فيها من بيوت، ومنازل، وعلو، وسفل، ومطبخ، وبئر، وكنيف، وجميع ما يشتمل عليها بيع الأرض لم يدخله في بيع الدار».

قال النووي: «ولو كان في وسطها - يعني وسط الدار - شجر ففي دخوله الخلاف السابق في لفظ الأرض»(٣).

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١٠).

(٢) تبيين الحقائق (٤/ ٩).

(٣) الروضة (٣/ ٥٤٦).

والراجح دخوله فيها، والله أعلم.

وجاء في الموسوعة الكويتية: «ومن باع دارًا دخل في البيع بناؤها، وما فيها من شجر مغروس، وما كان متصلًا بها لمصلحتها...»[1].



(١) الموسوعة الكويتية (٩/ ٢١).

الفرع السادس
في دخول ظلة الدار

اختلف العلماء، هل للإنسان أن يعمل ظلة لداره، وهي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على إسطوانات في السكة، ومفتحها إلى الدار المبيعة[١]؟

وإذا عمل ظلة، فهل تدخل في بيع الدار؟

فهاتان مسألتان:

الأولى: هل له أن يخرج ظلة له في الطريق.

والمسألة الثانية: إذا كان له ذلك، فهل تدخل في بيع الدار.

وسوف نبحث كل مسألة على انفراد، أسأل الله سبحانه العون والتوفيق.



(١) تبيين الحقائق (٤/ ٩٨)، وفي المصباح المنير (ص٢٦٤): «والساباط: سقيفة تحتها ممر نافذ، والجمع سوابيط».
وقال في العناية (٥/ ٩٦): «والظلة تكون على السكة، أراد بها الساباط...» وانظر من الكتاب نفسه (٧/ ٤١).

المسألة الأولى
في إخراج الظلة في هواء الطريق

[م - ١٧٣] اختلف العلماء هل لصاحب الدار الارتفاق بهواء الطريق كوضع جناح، أو ساباط، أو ليس له ذلك؟

وللجواب على ذلك نقول:

إن كان ذلك مضرًا بالمارة فلا يجوز وضعه مطلقًا، أذن بذلك الإمام أو لم يأذن، وسواء كان الطريق نافذًا أو غير نافذ.

(ح-٨٨) لما رواه الدارقطني من طريق عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة، ثنا عبد العزيز بن محمد، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: **لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شق الله عليه**(١).

[المعروف من حديث أبي سعيد أنه مرسل، وهو حسن بشواهده](٢).

ولأن العامة لهم حق في الطريق العام، فيلزم منع كل تصرف يضر بالحق العام.

وإن كان ذلك غير مضر، وكان الطريق نافذًا، فقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز مطلقًا، سواء أذن الإمام أو لم يأذن، وهذا اختيار محمد ابن الحسن

---

(١) سنن الدارقطني (٣/ ٧٧).

(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر (ح ٢٤٣).

من الحنفية[١]، وهو مذهب المالكية[٢]، والشافعية[٣]، ورواية عن أحمد اختارها ابن تيمية[٤].

القول الثاني:

ليس له ذلك مطلقًا، ولو أذن الإمام، اختارها بعض الحنابلة[٥].

القول الثالث:

لا يجوز له ذلك إلا بإذن الإمام أو نائبه، وبهذا قال أبو حنيفة، وأبو يوسف[٦] وهو المشهور من مذهب الحنابلة[٧].

إلا أن أبا حنيفة قال: إن وضعه بدون إذن الإمام فعارضه رجل من

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ١٤٣).

(٢) الخرشي (٦/ ٦١)، مواهب الجليل (٥/ ١٧٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٧١)، التاج والإكليل (٥/ ١٧٢) مطبوع بهامش مواهب الجليل.
والمعتمد في مذهب المالكية جواز إحداث ذلك مطلقًا، سواء كانت السكة نافذة، أو غير نافذة، ولا يحتاج لإذن أحد حيث رفع عن رؤوس الركبان رفعًا بينًا، ولم يضر بضوء المارة. انظر حاشية الدسوقي (٣/ ٣٧١).

(٣) أجاز الشافعية إخراج الساباط إذا لم يضر بالمارة، سواء كان الطريق ضيقًا، أو واسعًا، وسواء أذن الإمام فيه أم لا.
انظر أسنى المطالب (٢/ ٢١٩)، تحفة المحتاج (٥/ ١٩٨، ١٩٩)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٩٢، ٣٩٣).

(٤) الإنصاف (٥/ ٢٥٤).

(٥) شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٤٩)، المغني (٤/ ٣٢٢). الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٠). والحنابلة تارة يعبرون عن الظلة بالعريش، وتارة يعبرون عنها بالساباط، والمعنى واحد.

(٦) انظر تبيين الحقائق (٦/ ١٤٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤١٥) و (٦/ ٥٩٢).

(٧) كشاف القناع (٣/ ٤٠٦)، الروض المربع (٢/ ٢٠٨)، الإنصاف (٥/ ٢٥٤، ٢٥٥).

المسلمين وجب قلعه ضر أو لم يضر، وقال أبو يوسف: يمنعه قبل الوضع لا بعده(١).

☐ وجه من قال: يجوز له ذلك مطلقًا:

(ح-٨٩) القياس على الميزاب، فإن النبي ﷺ وضع الميزاب بيده في دار عمه العباس، والميزاب إنما يشرع في هواء الطريق، فكذا الساباط(٢).

---

(١) انظر المراجع ما قبل السابقة.

(٢) حديث وضع الميزاب من المصطفى ﷺ لعمه العباس حسن بطرقه.

رواه أحمد (١/ ٢١٠) وابن سعد في طبقاته (٤/ ٢٠) والمقدسي في الأحاديث المختارة (٨/ ٣٩١) وابن عساكر في تاريخ دمشق (٢٦/ ٣٦٦) من طريق هشام بن سعد، عن عبيد الله ابن عباس بن عبد المطلب، أخي عبد الله قال: كان للعباس ميزاب على طريق عمر بن الخطاب، فلبس عمر ثيابه يوم الجمعة، وقد كان ذبح للعباس فرخان، فلما وافى الميزاب صب ماء بدم الفرخين، فأصاب عمر، وفيه دم الفرخين، فأمر عمر بقلعه، ثم رجع عمر، فطرح ثيابه، ولبس ثيابًا غير ثيابه، ثم جاء، فصلى بالناس، فأتاه العباس، فقال: والله إنه للموضع الذي وضعه النبي ﷺ فقال عمر للعباس: وأنا أعزم عليك لما صعدت على ظهري، حتى تضعه في الموضع الذي وضعه رسول الله ﷺ، ففعل ذلك العباس رضي الله عنه.

وهذا إسناد منقطع، هشام بن سعد لم يدرك عبيد الله بن عباس.

قال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٠٧): «رواه أحمد، ورجاله ثقات، إلا أن هشام بن سعد لم يسمع من عبيد الله».

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣/ ٣٣١، ٣٣٢) وابن عساكر في تاريخ دمشق (٢٦/ ٣٦٩) من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن جده. وهذا إسناد ضعيف، لضعف عبد الرحمن بن زيد بن أسلم.

وأخرجه البيهقي (٦/ ٦٦) وابن سعد (٤/ ٢٠) من طريق موسى بن عبيدة الربذي، عن يعقوب بن زيد، أن عمر بن الخطاب خرج في يوم جمعة فقطر ميزاب عليه للعباس. . . وذكر نحوه. وهذا فيه علتان: موسى بن عبيدة ضعيف، ويعقوب بن زيد لم يدرك عمر رضي الله عنه.

=

ولأن ذلك عمل الناس في كل عصر من غير نكير.

ويجاب:

بأن القياس على الميزاب قياس مع الفارق، فإن ما يشغله الميزاب قدر يسير بالنسبة للساباط. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مصلحة الميزاب هي لتصريف السيول، وليس الساباط كذلك.

❑ وجه من قال: يمنع مطلقًا:

أن إخراج الظلة يعتبر تصرفًا في ملك الغير بدون إذنهم، وهو لا يخلو من ضرر لأنه قد يؤدي إلى إظلام الطريق، وإن لم يكن فيه ضرر في الحال فقد يكون فيه ضرر في المآل.

ويناقش:

بأن إذن الإمام يقوم مقام إذنهم لكونه نائبًا عنهم، وأما كونه لا يخلو من ضرر فإننا نشترط أن يكون ذلك خاليًا من الضرر في الحال وفي المآل.

= وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣/ ٣٣٢) من طريق الوليد بن مسلم، ثنا شعيب الخرساني، عن عطاء الخرساني، عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب لما أراد أن يزيد في مسجد رسول الله ﷺ وقعت منازعة على دار العباس بن عبد المطلب، فذكر الحديث منه. وفيه قصة الميزاب.

وسعيد بن المسيب كان له ثمان سنين حتى توفي عمر بن الخطاب ﷺ، وقد سمع من عمر شيئًا يسيرًا، وغالب ما يرويه عن عمر يعتبر مرسلًا إلا أن مراسيل سعيد تعتبر من أحسن المراسيل، وكان له عناية بقضاء عمر.

وروى عبد الرزاق في المصنف (١٥٢٦٤)، والمراسيل لأبي داود (٤٠٦) من طريق سفيان ابن عيينة، عن موسى بن أبي عيسى - زاد عبد الرزاق: أو غيره - كان في دار العباس ميزاب... وذكر نحوه. وموسى بن أبي عيسى لم يدرك عمر.

❑ **دليل من قال: يجوز بإذن الإمام أو نائبه.**

أن الإمام ينوب عن المسلمين، فإذنه يقوم مقام إذن كافة المسلمين.

ولأن كل واحد صاحب حق في المرور بنفسه، وبدوابه، فكان له حق في النقض كما في الملك المشترك ما لم يأذن الإمام.

❑ **وجه قول أبي يوسف: ليس له أن يرفع الساباط بعد وضعه:**

أن الساباط بعد وضعه قد صارت يد صاحبه عليه، فالذي يريد نقضه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه، ومادام كذلك فهو مضار، فلا يطاع.

❑ **الراجح من الخلاف:**

والراجح عندي أن ذلك جائز بشرطين:

الأول: ألا يضر ذلك أحد، ولو كان الضرر يسيرًا.

قال ابن تيمية: «الساباط الذي يضر بالمارة مثل أن يحتاج الراكب أن يحني رأسه إذا مر هناك، وإن غفل عن نفسه رمى عمامته، أو شج رأسه، ولا يمكن أن يمر هناك جمل عال إلا كسرت رقبته، والجمل المحمل لا يمر هناك فمثل هذا الساباط لا يجوز إحداثه على طريق المارة باتفاق المسلمين، بل يجب على صاحبه إزالته، فإن لم يفعل كان على ولاة الأمور إلزامه بإزالته حتى يزول الضرر، حتى لو كان الطريق منخفضًا، ثم ارتفع على طور الزمان، وجب إزالته إذا كان الأمر على ما ذكر، والله أعلم»(١).

الشرط الثاني: ألا يمنع منه ولي أمر المسلمين، فإن منع ولي أمر المسلمين فهو ينوب عنهم فكأن المانع له جماعتهم، والله أعلم.

---

(١) الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٩٧).

المسألة الثانية
في دخول ظلة الدار في بيع الدار

[م - ١٧٤] إذا كان للدار ظلة، فهل تدخل عند الإطلاق، أو لا تدخل إلا إذا ذكر ذلك صريحًا في العقد، في ذلك خلاف بين أهل العلم:

فقيل: لا تدخل، وإن كان مفتحها إلى الدار إلا إذا قال: بكل حق هو لها، وهو مذهب أبي حنيفة(١).

وقيل: تدخل، وإن لم يذكر كل حق هو لها، وهو اختيار أبي يوسف، ومحمد من الحنفية(٢)، وهو مذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة(٣).

واشترط الشافعية على المعتمد في المذهب أن يكون جذوع الساباط من الطرفين على حائطها(٤).

---

(١) جاء في المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٦): «فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل إلى الدار، لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق، فحينئذ تدخل إذا كان مفتاحها إلى الدار».
وانظر بدائع الصنائع (٥/ ١٦٥)، درر ا لحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٥٠)، البحر الرائق (٦/ ١٤٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩).

(٢) تدخل الظلة عند أبي يوسف ومحمد بشرط أن يكون مفتحها إلى الدار.
انظر بدائع الصنائع (٥/ ١٦٥)، المبسوط (١٤/ ١٣٦، ١٣٧)، البحر الرائق (٦/ ١٤٩).

(٣) المجموع (١٠/ ٥٢٠)، وجاء في شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠): «وتناول ما فيها أي الدار من شجر مغروس، ومن عرش: جميع عريش، وهو الظلة لاتصالها بها».
وانظر مطالب أولي النهى (٣/ ١٩١)، كشاف القناع (٣/ ٢٧٦).

(٤) انظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٣)، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٢/ ٢٦٩)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٤٨)، نهاية المحتاج (٤/ ١٣١).

والراجح فيها أن الظلة حكمها حكم مرافق الدار، داخلة لا على وجه تملك الرقبة، وإنما هو أحق من غيره بالانتفاع بها، وفي عصرنا اعتاد الناس أن يوقفوا سيارتهم عند أبوابهم، وهم أحق من غيرهم في هذا المكان، وإن كانوا لا يملكون رقبة الطريق، والله أعلم.



الفرع السابع
في دخول المرافق
كالطريق والمسيل ونحوها في بيع الدار

[م - ١٧٥] مرافق الأملاك كالطرق والأفنية، ومسيل المياه، وحق الشرب، هل تدخل في بيع الأرض والدار، أو لا تدخل إلا إذا نص عليها بالتصريح، أو قال: بكل حقوقها ومرافقها.

☐ تحرير محل الخلاف:

إذا كانت هذه المرافق داخل حدود الدار، فلا ينبغي أن يكون في ذلك خلاف في دخولها في بيع الدار تبعًا، ولو لم يشترط ذلك؛ لأنها جزء من الدار، فإذا باع الدار دخل في البيع جميع ما كان فيها، وجميع ما يشتمل عليه حدودها الأربع.

جاء في مغني المحتاج: «ولا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء، وشربها... حتى يشترطه، كأن يقول: بحقوقها. وهذا كما قال السبكي في الخارج عن الأرض، أما الداخل، فيها فلا ريب في دخوله»(١).

كذلك لا تدخل هذه المرافق إذا كانت حقًا ينتفع بها عامة أهل العامر، ولم تكن من مرافق المبيع خاصة، جاء في معين الحكام: «بعد ذكر الحدود يقول: بحدوده، وحقوقه؛ لأنه لو لم يذكر الحقوق لا يدخل الطريق، والمسيل، فيتعطل عليه الانتفاع، فلا يفيده استحقاق الدار، ولا ينبغي أن يذكر الدار بطريقه، ومسيل مائه لو كان باب الدار، والميزاب على طريق العامة؛ يصير

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٨١)، وانظر المجموع (١٠/ ٥٠٩)، وانظر حواشي الشرواني (٤/ ٤٣٩).

مدعيًا ذلك الموضع تمليكه لنفسه، وهو لم يجز، إذ طريق العامة لا يملكه أحد، قاله في الأقضية»[١].

فعلى هذا يكون الخلاف محصورًا فيما إذا كانت هذه المرافق للمبيع خاصة، وليست داخلة في حدود الدار، وإنما متصلة بها، متعلقة بها مصالحها، هل تدخل في بيع الدار، أو لابد من التصريح في دخولها، في ذلك خلاف بين أهل العلم:

القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الطريق الخاص، والمسيل، والشرب لا يدخل في شراء الدار، إلا أن ينص عليه، أو يشتريه بكل حقوقه ومرافقه.

قال في الهداية: «ومن اشترى بيتًا في دار، أو منزلًا، أو مسكنًا لم يكن له الطريق، إلا أن يشتريه بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب، والمسيل؛ لأنه خارج الحدود، إلا أنه من التوابع، فيدخل بذكر التوابع»[٢].

---

(١) معين الحكام (ص١٣٥).

(٢) الهداية شرح البداية (٣/ ٦٧)، تبيين الحقائق (٤/ ٩٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٨)، فتح القدير (٧/ ٤٢)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩، ٣٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤)، ملتقى الأبحر (١/ ١٢٩) واستثنى الحنفية من الطريق طريقين: الطريق إلى الطريق الأعظم، أو في سكة غير نافذة فإنهما يدخلان في البيع بلا تنصيص ولا قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان، لا يدخل في البيع إلا بالنص، أو بذكر الحقوق، والمرافق. انظر البحر الرائق (٥/ ٣٢٠).

وجاء في الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩): «والطريق ثلاثة: طريق إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان، فالطريق الخاص في ملك إنسان لا يدخل في البيع من غير ذكر، إما نصًا، وإما بذكر الحقوق والمرافق، والطريقان الآخران يدخلان في البيع من غير ذكر، وكذا حق مسيل الماء في ملك خاص، وحق إلقاء الثلج في ملك خاص لا يدخل في البيع إلا بالذكر إما نصًا، أو بذكر الحقوق والمرافق».

وقال النووي: «لا تدخل مسايل الماء في بيع الأرض، ولا يدخل فيه شربها... إلا أن يقل بحقوقها»[(١)].

وجاء في الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي: «لا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء، ولا شربها: أي نصيبها من قناة، أو نهر مملوكين، ونبه السبكي، وتبعه الأذرعي وغيره، أن محل ذلك في المسيل، أو الشرب الخارج عن الأرض، بخلاف الداخل فيها، فإنه لا ريب في دخوله...»[(٢)].

القول الثاني مذهب الحنابلة، وفيه وجهان:

أحدهما: ثبوت حق الاختصاص من غير ملك، جزم به القاضي، وابن عقيل في إحياء الموات، والغصب، ودل عليه نصوص الإمام أحمد.

الثاني: ثبوت الملك، صرح به الأصحاب في الطرق خاصة، وجزم صاحب المغني في ثبوت ذلك في كل المرافق، وأخذه من نص الإمام أحمد، والخرقي على ملك حريم البئر[(٣)].

وقال ابن قدامة: «كل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه؛ لقوله ﷺ: «**من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم، فهي له**»، مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء، ولأنه تابع للمملوك ولو جوزنا إحياءه، لبطل الملك في العامر على أهله.

وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء، لكن هو أحق بها من غيره؛ لأن الإحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها. وقال الشافعي:

---

(١) الروضة (٣/ ٥٤٦).

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٢/ ٢٥٨)، وانظر الأم (٣/ ٤٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٧٩)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٣٩)، نهاية المحتاج (٤/ ١٢٠).

(٣) انظر الإنصاف (٥/ ٥٤).

يملك بذلك. وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر؛ لأنه مكان استحقه بالإحياء، فملكه، كالمحيي، ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع الدار في البيع، ويختص به صاحبها»(١).

ولم أقف على نص من المالكية في دخول مرافق الدار في بيعها إلا أننا حررنا مذهبهم في مالية تلك المرافق، وفي جواز بيعها عند الكلام على مالية حقوق الارتفاق(٢).

☐ الراجح من الخلاف:

الذي أميل إليه أن هذه المصالح هي تبع للعقار على سبيل الانتفاع بصرف النظر عن المالك، فمن ملك العقار اختص بالانتفاع بمرافقها، دون أن يمتلك رقبة تلك المرافق، ومن لم يملك العقار لم يملك حق الانتفاع بتلك المرافق، لأنه لا يمكن الانتفاع بالعين المملوكة، إلا إذا انتفع بمرافقها، فلا بد من الدار من مسيل لمائها، ولا بد لها من طريق يدخل منه صاحبها ويخرج، ولا بد للدار من أبواب ونوافذ على تلك الطريق، وكذا باقي مرافقها التي لا بد لها منها.

جاء في جواهر العقود: «وإن كان العامر يجاور مواتًا، فلصاحب العامر من الموات الذي يجاور ملكه ما لا يمكنه الانتفاع بالعامر إلا به، مثل الطريق، ومسيل الماء الذي يخرج من الدار»(٣).

---

(١) المغني (٥/ ٣٣٠)، وانظر الفروع (٤/ ٥٥٢، ٥٥٣)، الإنصاف (٦/ ٣٥٩).

(٢) انظر في مذهب المالكية: المدونة (٤/ ٤٣١)، التمهيد (١٠/ ٢٢٢)، القوانين الفقهية (ص٢٢٣)، الاستذكار (٢٢/ ٢٢٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٤).
وقال في التاج والإكليل (٤/ ٢٧٥): «ويجوز في قول مالك شراء طريق في دار رجل وموضع جذوع من حائط يحملها عليه إذا وصفها».

(٣) جواهر العقود (١/ ٢٣٩).

الفرع الثامن
في دخول حريم المبيع في بيعه

الكلام في حريم الشيء، كالكلام في مرافق الأملاك وحقوقها.

الحريم في الاصطلاح: حريم الشيء: ما حوله من حقوقه ومرافقه، وعرفه الشافعية بأنه: ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع، وإن حصل أصل الانتفاع بدونه»(١).

[م - ١٧٦] إذا عرفنا ذلك، فقد ذهب الجمهور إلى دخول حريم الشيء فيه إذا باعه، وهو مذهب الحنفية(٢)، والمشهور من مذهب المالكية(٣)، واختاره بعض الحنابلة(٤).

---

(١) والحريم لغة: ما حرم فلا ينتهك، وهو أيضًا فناء الدار، أو المسجد، ويأتي كذلك بمعنى الحمى. الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٤٢).

(٢) البحر الرائق (١/ ٨٠) و (٨/ ٢٤٠)، المبسوط للشيباني (٤/ ٥٨٤ - ٥٨٧) تبيين الحقائق (٦/ ٣٦)، حاشية ابن عابدين (٢/ ٣٣١)، الفتاوى الهندية (٥/ ٣٨٧)، مجمع الأنهر (٤/ ٢٣١).

(٣) منح الجليل (٥/ ٢٨١)، الشرح الصغير (٣/ ٢٢٧)، الخرشي (٥/ ١٨٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٠).

(٤) جاء في الإنصاف (٥/ ٥٤): «رفق الأملاك كالطرق والأفنية، ومسيل المياه ونحوها، هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حق الاختصاص؟ فيه وجهان:
أحدهما: ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك. جزم به القاضي، وابن عقيل في إحياء الموات، والغصب. ودل عليه نصوص الإمام أحمد. وطرد القاضي ذلك حتى في حريم البئر. ورتب عليه: أنه لو باعه أرضًا بفنائها لم يصح البيع، لأن الفناء لا يختص به، إذ استطراقه عام، بخلاف ما لو باعها بطريقها. وذكر ابن عقيل احتمالا يصح البيع بالفناء. لأنه من الحقوق كمسيل المياه.
والوجه الثاني: الملك. صرح به الأصحاب في الطرق. وجزم به في الكل صاحب =

وذهب الشافعية إلى دخوله بشرط أن يكون في سكة غير نافذة(١).

وقيل: لا يدخل حريم الشيء في البيع، وهو قول في مذهب المالكية(٢).

وقال ابن مفلح الحنبلي الصغير: «ومن باع دارًا تناول البيع أرضها... ولم يتعرض الأصحاب لذكر حريمها»(٣).

قلت: قد ذكر الإمام أحمد وأصحابه حريم البئر، وغيره مقيس عليه، وهو

= المغني، وأخذه من نص أحمد والخرقي على ملك حريم البئر...».
وانظر نحو هذا النص في قواعد ابن رجب (ص١٩٢، ١٩٣).

(١) قال النووي في المجموع (١٠/ ٥١٨): «وأما حريم الدار فإن كانت في سكة غير نافذة دخل... وإن كانت في سكة نافذة، أو في طريق الشارع لم يدخل».
وانظر تحفة المحتاج (٤/ ٤٤٧)، روضة الطالبين (٣/ ٥٤٨)، الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ٢٥٨)، حاشية الرملي (٢/ ١٠٠)، وقال ابن حجر الهيتمي في الفتاوى (٣/ ١٧٤): «وبيع الدار دون حريمها لا يصح.... بخلاف ما إذا شرط دخوله أو لم يتعرض له».

(٢) انظر الشرح الصغير (٣/ ٢٢٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٠)، الخرشي (٥/ ١٨٠)، وجاء في المدونة (٥/ ١٨٩): «قلت لابن القاسم: هل للبئر حريم عند مالك بئر ماشية، أو بئر زرع، أو غير ذلك من الآبار؟ قال: لا، ليس للآبار عند مالك حريم محدود، ولا للعيون إلا ما يضر بها.
قال مالك: ومن الآبار آبار تكون في أرض رخوة، وأخرى تكون في أرض صلبة أو في صفا، فإن ذلك على قدر الضرر بالبئر. قلت: أرأيت إن كانت في أرض صلبة، أو في صفا، فأتى رجل ليحفر قربها، فقام أهلها فقالوا: هذا عطن لإبلنا إذا وردت، ومرابض لأغنامنا، وأبقارنا إذا وردت، أيمنع الحافر من الحفر في ذلك الموضع، وذلك لا يضر بالبئر؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئًا، إلا أني أرى أن يمنع من ذلك، لأن هذا حق للبئر. ولأهل البئر إذا كان هذا يضر بمناخهم، فهو كالإضرار بمائهم».
قلت: فإن أراد رجل أن يبني في ذلك الموضع، أكان لهم أن يمنعوه كما كان لهم أن يمنعوه من الحفر فيه، قال: نعم، ولم أسمع هذا من مالك، ولكن لما قال مالك: إذا كان يضر بالبئر منع من ذلك، فهذا كله ضرر بالبئر وبأهله.

(٣) انظر المبدع (٤/ ١٥٨).

داخل في البيع سواء كان دخوله على سبيل الاختصاص به، أو على سبيل الملك، وهما وجهان في المذهب كما سبق نقله في المسألة السابقة.

❑ الراجح:

ما رجحته في مرافق الملك أرجحه هنا، ولا فرق بين المسألتين، والله أعلم.



المبحث الخامس
ما يدخل في بيع القرية

الفرع الأول
في دخول ما تناوله اسم القرية

[م - ١٧٧] جاء في الفتاوى الهندية «ولو باع قرية، ولم يسم حدودها فهو على موضع القرية: البيوت والبناء، دون المحرث، كذا في محيط السرخسي»[١].

وأخرج الحنفية سور القرية، فلم يدخلوه في بيع القرية[٢].

والراجح دخوله، كما يدخل سور الدار في بيع الدار، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وسيأتي النقل عنهم قريبًا..

كما أنه يخرج من بيع القرية ما لا يملك، كالمساجد، والمقابر، والطرق.

جاء في فتح القدير: «إذا باع قرية يخرج منها الطريق، والمساجد، والفارقين، وسور القرية؛ لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة، فلا يدخل في البيع»[٣].

قال النووي: «إذا قال: بعتك هذه القرية، وأطلق، دخل في البيع الأبنية، وما فيها من المساكن، والدكاكين، والحمامات، والساحات، والأرضون التي

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٧).

(٢) فتح القدير (٦/ ٢٨٢).

(٣) فتح القدير (٦/ ٢٨٢)، وانظر البحر الرائق (٦/ ٩٨).

يحيط بها السور، والحصن الذي عليها، وهو السور، والسور المحيط، والدروب، فإن لم يكن سور فيدخل من الأرض ما اختلط ببنيانها، ومساكنها، وما كان من أفنية المساكن، وحقوقها»(١).

وجاء في مطالب أولي النهى: «يدخل في بيع القرية (بيوت وحصن) إن كان بها، وسور (دائرًا عليها) أي على القرية؛ لأن ذلك هو مسمى القرية»(٢).

وقال في المغني: «وإن قال: بعتك هذه القرية، فإن كانت في اللفظ قرينة، مثل المساومة على أرضها، أو ذكر الزرع، والغرس فيها، وذكر حدودها، أو بذل ثمن لا يصلح إلا فيها، وفي أرضها، دخل في البيع؛ لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها، والقرينة صارفة إليه، ودالة عليه، فأشبه ما لو صرح به، وإن لم يكن قرينة تصرف إلى ذلك، فالبيع يتناول البيوت، والحصن الدائر عليها، فإن القرية اسم لذلك، وهو مأخوذ من الجمع؛ لأنه يجمع الناس، وسواء قال: بحقوقها، أو لم يقل»(٣).

ففهم من النصوص السابقة أنهم لا يختلفون في دخول الأبنية كالبيوت في مسمى القرية، وإنما اختلفوا في سورها خاصة.



(١) المجموع (١٠/ ٥١١).
(٢) مطالب أولى النهى (٣/ ١٩٥).
(٣) المغني (٤/ ٦٩).

الفرع الثاني
في دخول مزارع القرية

[م - ١٧٨] ذهب الشافعية في الأصح، والحنابلة إلى أن مزارع القرية لا تدخل في بيع القرية إلا بنص[١]، زاد الحنابلة: أو قرينة.

جاء في الإنصاف للمرداوي: «لو باع قرية لم تدخل مزارعها، إلا بذكرها»[٢].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «ولا يدخل مزارع قرية بيعت... بلا نص، أو قرينة، فإن قال: بعتك القرية بمزارعها، أو دلت قرينة على دخولها كمساومة على الجميع، أو بذل ثمن لا يصلح إلا فيها، وفي مزارعها دخلت عملًا بالنص أو القرينة»[٣].

واختار ابن الرفعة من الشافعية، إلى أن المزارع تدخل في بيع القرية إن كانت المزارع داخل القرية، غير منفصلة عنها[٤].

واختار بعض الشافعية إلى أن المزارع تدخل في بيع القرية إن قال: بحقوقها، ولم يرتضه جمهور الشافعية[٥].

وعللوا ذلك: بأن القرية اسم للأبنية دون المزارع، فلا تعتبر المزارع من حقوق القرية.

---

(١) المجموع شرح المهذب (١٠/ ٥١١، ٥١٢)، نهاية المحتاج (٤/ ١٢٩)، المنثور في القواعد الفقهية (١/ ٨٨).
(٢) الإنصاف (٥/ ٥٦).
(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٢)، وانظر كشاف القناع (٣/ ٢٧٦).
(٤) المجموع (١٠/ ٥١١، ٥١٢).
(٥) المجموع (١٠/ ٥١٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٣).

وقيل: تدخل المزارع في بيع القرية، وهو قول مرجوح في مذهب الشافعية[١].

والراجح: عدم دخول المزارع إلا أن يكون هناك عرف معتبر، أو نص أو قرينة، وقد قال الفقهاء: من حلف ألا يدخل القرية لم يحنث بدخول مزارعها[٢]، والله أعلم.



(١) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٣).

(٢) انظر حاشية البجيرمي (٢/ ٢٩٧).

الفرع الثالث
في دخول الأشجار في بيع القرية

[م - ١٧٩] اختلف العلماء في دخول شجر القرية في بيع القرية على قولين:

القول الأول:

لا يدخل شجر القرية في بيع القرية، وهو قول في مذهب الشافعية[١].

القول الثاني:

يدخل شجر القرية في بيع القرية إذا كان في بيوتها، أو بين بنائها تبعًا للأرض، وهذا مذهب الحنابلة[٢]، وهو أصح القولين في مذهب الشافعية[٣]، واختاره الغزالي، ورجحه النووي.

قال النووي: «خالف الإمام والغزالي هنا اختيارهما، فاختارا في هذه دخول الأشجار تحت اسم القرية، وإن اختارا في اسم الأرض عدم الدخول، وهو متجه؛ لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع ما فيها من بناء وشجر، وكذلك جزم الماوردي بدخول ما في خلال المساكن من النخل والشجر، وهو الحق»[٤].

---

(١) الخلاف عند الشافعية في هذه المسألة كالخلاف في دخول الشجر في بيع الأرض، وقد سبق لنا أن لمذهب الشافعية فيها قولين.
قال النووي في المجموع (١٠/ ٥١١): «وفي الأشجار التي في وسطها - يعني وسط القرية - الخلاف السابق في دخول الأشجار تحت اسم الأرض...».

(٢) كشاف القناع (٣/ ٢٧٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٢)، وقال ابن قدامة في المغني (٤/ ٦٩): «وأما الغراس بين بنيانها، فحكمه حكم الغراس في الأرض، إن قال: بحقوقها. دخل، وإن لم يقل، فعلى وجهين».

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٣).

(٤) المجموع (١٠/ ٥١١).

❑ **الراجح:**

أنها تدخل في بيع القرية تبعًا للأرض، وإذا دخلت الأرض في بيع الدار، ودخلت في بيع البستان، دخلت الأرض كذلك في بيع القرية، وكل ما يدخل في بيع الأرض تبعًا يدخل في بيع القرية تبعًا إذا كان ذلك في داخل القرية، كما لو كان في بيوتها، أو بين بنائها، ويدخل فيها حجر مخلوق منها، ومعدن جامد فيها، كما قلنا ذلك في بيع الأرض.



الفرع الرابع
في دخول حريم القرية

[م - ١٨٠] الخلاف في دخول حريم القرية، كالخلاف في دخول حريم الدار في بيع الدار، فمن قال بدخول حريم الدار، قال بدخول حريم القرية، ومن لم يدخل الحريم في بيع الدار، لم يدخله في بيع القرية.

قال النووي: «وحيث يدخل حريم الدار في بيع الدار، ينبغي أن يدخل حريم القرية في بيع القرية»(١).

وقد تكلمنا عن حريم الدار، وفصلت الخلاف فيه مع بيان الراجح فأغنى عن إعادته هنا.



(١) المجموع (١٠/ ٥١٩)، وانظر البحر الرائق (٨/ ٢٣٩)، الهداية شرح البداية (٤/ ٩٨).

المبحث السادس
ما يدخل في بيع الثمار

الفرع الأول
في دخول الثمار إذا كان ظهوره متلاحقًا

[م - ١٨١] بعض الشجر يكون ثماره متلاحقًا، لا يظهر دفعة واحدة، فإذا باع الرجل ثمر شجرة يتلاحق ثمارها، فهل يصح البيع، وإذا صح البيع فهل يصح في الثمرة الظاهرة، أو في كل الثمرة، ما ظهر منها، وما لم يظهر؟

وللجواب على ذلك يقال: إذا كانت الأشجار لها ثمار متلاحقة، فإما أن يختلط ما ظهر من الثمار بما لم يظهر، أو تتميز الثمار الظاهرة عن الثمار اللاحقة،

فإن تميزت الثمار الظاهرة حال العقد عن الثمار اللاحقة فالبيع صحيح، ويكون للمشتري الثمار الظاهرة دون الثمار اللاحقة. وهذا بالاتفاق.

وإن كانت الثمار الظاهرة تختلط بالثمار اللاحقة على وجه لا يتميز بعضها عن بعض، فقد اتفق الفقهاء على صحة البيع، واختلفوا في وجوب قطعه في الحال على أقوال:

القول الأول:

يصح البيع وعلى المشتري قطعها في الحال، فإن شرط بقاءها فسد البيع؛ وهذا مذهب الحنفية(١).

---

(١) جاء في تبيين الحقائق (٤/ ١٢): «لهذه المسألة ثلاث صور: =

القول الثاني:

لا يصح بيعه إلا بشرط القطع في الحال وهذا مذهب الشافعية(١)، ومذهب

= أحدها: إذا خرج الثمر كله، فإنه يجوز بيعه بالاتفاق...
ثانيها: أن لا يخرج شيء منه، فإنه لا يجوز بيعه اتفاقًا.
ثالثها: أن يخرج بعضها دون البعض، فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب.
وقيل: يجوز إذا كان الخارج أكثر، ويجعل المعدوم تبعًا للموجود، استحسانًا لتعامل الناس، وللضرورة، وكان شمس الأئمة الحلواني، وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به، وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه لا يجوز؛ لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا، أو يشتري الموجود ببعض الثمن، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادمًا للنص، وهو ما روي عنه أنه ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم».
وتعقبه ابن عابدين في حاشيته (٤/ ٥٥٥)، فقال: «لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا، ولاسيما في مثل دمشق الشام، كثيرة الأشجار والثمار، فإنه لغلبة الجهل على الناس لا يمكن إلزامهم بالتخلص في أحد الطرق المذكورة، وإن أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس، لا يمكن بالنسبة إلى عامتهم، وفي نزعهم عن عاداتهم حرج كما علمت. ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان؛ إذ لا تباع إلا كذلك، والنبي إنما رخص في السلم للضرورة، مع أنه بيع المعدوم، فحيث تحققت الضرورة هنا أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة، فلم يكن مصادمًا للنص، فلذا جعلوه من الاستحسان؛ لأن القياس عدم الجواز، وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز، ولذا أورد له الرواية عن محمد، بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا، وما ضاق الأمر إلا اتسع، ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف».
وانظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧)، فتح القدير (٦/ ٢٨٧، ٢٨٨)، المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٩٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٢)، البحر الرائق (٥/ ٣٢٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٦).

(١) الأم (٣/ ٤٥)، أسنى المطالب (٢/ ١٠٥)، حاشية البجيرمي (٢/ ٣٠٥)، مغني =

الحنابلة[١].

والفرق بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية والحنابلة، أن مذهب الحنفية يصحح شراء الثمرة المتلاحقة مطلقًا، أي: ولو لم يشترط القطع في الحال، ويكون ملزمًا بقطعها، فإن اشترط الترك فسد البيع.

ومذهب الحنابلة والشافعية لا يصح البيع إلا بشرط القطع في الحال، والمعنى متقارب.

= المحتاج (٢/ ٩٠)، السراج الوهاج (ص٢٠١)، منهاج الطالبين (ص٥١).
وجاء في منهج الطالب (ص٤٤): «ولا يصح بيع ما يغلب اختلاط حادثه بموجوده كتين وقثاء إلا بشرط قطعه».
وقال في المهذب (١/ ٢٨٢): «وإن كان له شجر تحمل حملين، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر، ويختلط به، ولا يتميز، فالبيع باطل. وقال الربيع: فيه قول آخر: أن البيع يصح، ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جزة من الرطبة، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر».

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٧٩)، المبدع (٤/ ١٦٦)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٤)، كشاف القناع (٣/ ٢٨٢)، شرح الزركشي (٢/ ٤٥)، وجاء في الشرح الكبير (٤/ ٢٠٢): «وإذا باع ثمرة شيء من هذه البقول كالقثاء والباذنجان لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي.
وقال مالك: يجوز بيع الجميع؛ لأن ذلك يشق تمييزه، فجعل ما لم يظهر تبعًا لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا».
وجاء في المغني (٤/ ٧٨): «ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة، وجملة ذلك: أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول، لم يجز إلا بيع الموجود منها، دون المعدوم، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك: يجوز بيع الجميع... ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، والحاجة تندفع ببيع أصوله، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع، بخلاف ما لم يخلق، ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعًا لما خلق، وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعًا لما بدا».

القول الثالث:

يجوز بيع الثمار المتلاحقة، ولو لم يقطعها ويجعل المعدوم تبعًا للموجود، اختاره بعض الحنفية[١]، وهو مذهب المالكية[٢]، وأفتى به ابن تيمية من الحنابلة، وقال: هو قول كثير من أصحابنا[٣].

❑ **دليل من قال: إن اشترط ترك الثمار فسد البيع:**

لأن البيع مع شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد، وهو شغل ملك الغير. ولأن البقاء إن كان له حصة من الثمن كان إجارة في بيع، وإن كان بدون مقابل كان إعارة في بيع، فيكون صفقتين في صفقة، وهو منهي عنه[٤].

ويناقش: بأننا لا نسلم أن هذا الشرط من قبيل بيعتين في بيعة، بل من قبيل اشتراط البائع ما له غرض صحيح فيه في عقد البيع، كاشتراط سكنى الدار لمدة معلومة، وعلى التسليم بأنه بيعتان في بيعة، فالمقصود كما بينا سابقًا إذا كانت البيعتان تتضمن محذورًا شرعيًا، كبيع العينة، وهذا ليس منه، والله أعلم.

❑ **دليل من قال: يجوز البيع بشرط القطع في الحال.**

الدليل الأول:

أن إدخال الثمرة التي لم تخلق بعد في المبيع يعتبر ذلك بيعًا للمعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز.

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٣٢٥)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢).

(٢) منح الجليل (٥/ ٢٩٤)، الخرشي (٥/ ١٨٦)، التاج والإكليل (٤/ ٥٠٢)، الشرح الكبير (٣/ ١٧٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٨)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٢٢)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٢٣٦).

(٣) الفروع (٤/ ٢٥)، الإنصاف (٥/ ٦٨)..

(٤) انظر البحر الرائق (٥/ ٣٢٧)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧).

وأجيب:

قال ابن القيم: «ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو: ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودًا أو معدومًا، كبيع العبد الآبق، والبعير الشارد إن كان موجودًا؛ إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزًا عن تسلميه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلا بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهي عنه للغرر لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة، أو هذه الشجرة؛ فالبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته؛ وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله»(١).

وقد ناقشت في مسألة مستقلة حكم بيع المعدوم، وأقوال الفقهاء فيها، ورجحت أن المعدوم على قسمين: معدوم يتضمن بيعه غررًا، فهذا لا يجوز، ومعدوم لا يتضمن بيعه غررًا، وهذا جائز، كبيع السلم، وكعقد الاستصناع، ومثله الثمرة المتلاحقة، والله أعلم.

الدليل الثاني:

أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند البائع كما في حديث ابن عمرو، وحديث حكيم بن حزام، وسبق تخريجهما.

والثمرة التي لم تخلق بعد إذا باعها فقد باع ما ليس عنده وقت العقد.

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٧).

ويجاب:

بأن العقد وقع على موجود أصلًا، وما يتلاحق يعتبر تابعًا، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره، ولا يشترط في التابع ما يشترط في المتبوع[١]، فبيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز، وبيعها مع أصلها جائز، وبيع الحمل في البطن وحده لا يجوز، ولو بيعت الدابة، وهي حامل جاز.

الدليل الثالث:

بأن الثمار على رؤوس الأشجار تزداد، وهذه الزيادة من حق البائع؛ لأنها نماء ملكه، حيث كان يملك الأصل، وإذا كنا لا نستطيع أن نميز حق البائع من حق المشتري وجب منع ذلك من الأصل.

ويجاب:

لم يتفق على أن النماء الحادث هو ملك للبائع، فهناك من يرى أن النماء الحادث تابع للنماء الموجود، وسوف نبحث في الفصل التالي إن شاء الله ما لو حصل البيع، وحدث نماء جديد، واختلط بغيره، فمن يملك النماء الجديد، فارجع إليه إن شئت.

❑ دليل من قال: يجوز بيع الثمار المتلاحقة، ويجعل المعدوم تابعًا للموجود:

الدليل الأول:

أن ما ظهر هو الأصل، وهو المقصود، وما لم يظهر، فهو تابع للأصل، والتابع يغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٢٤/ ٢٠٧).

(ح-٩٠) فقد روى البخاري ومسلم من طريق سالم عن ابن عمر: ﵁ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**.

وجه الاستدلال:

أن المبتاع إذا اشترط الثمر بعد تأبيره، فقد اشترط ثمرًا لم يبد صلاحه، وهو منهي عن بيعه، وإنما جاز بيعه تبعًا لغيره كما أسلفنا، وكذلك المال الذي في حوزة العبد قد يكون ذهبًا، وثمن العبد قد يكون ذهبًا أيضًا، فأجاز النبي ﷺ للمشتري أن يشترط المال دون مراعاة لقواعد الصرف، وإنما جاز ذلك؛ لأنه تابع غير مقصود[١].

فيجوز أن يشترط المشتري مال العبد، ولو لم يعلم مقداره؛ لأنه تابع، كما جوز الأئمة الغرر في التابع، وسبق تحريره في موانع البيع.

الدليل الثاني:

أن هذا هو عمل الناس في كل عصر ومصر من غير نكير.

الدليل الثالث:

الحاجة إلى هذه المعاملة، فإن الناس لو منعوا منها لتضرروا بذلك.

قال ابن نجيم: «كان الحلواني يفتي بجوازه في الكل - يعني: ما ظهر، وما لم يظهر - وزعم أنه مروي عن أصحابنا، وهكذا حكي عن الإمام الفضلي، وكان يقول: الموجود وقت العقد أصل، وما يحدث تبع له، نقله شمس الأئمة

(١) انظر القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية - للحصين (٢/ ٩).

عنه، ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر[١]، بل قال عنه: اجعل الموجود أصلًا في العقد، وما يحدث بعد ذلك تبعًا، وقال: استحسن فيه؛ لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج، وقد رأيت في هذا رواية عن محمد، وهو في بيع الورد على الأشجار، فإن الورد متلاحق، ثم جوز المبيع في الكل بهذا الطريق»[٢].

❑ الراجح:

جواز بيع الثمار المتلاحقة، ويكون ما لم يظهر تابعًا للأصل في الحكم، وخروجًا من النزاع لا مانع من النص على هذا في صلب العقد ليكون العقد سليمًا، فإن الحنفية يجيزون مثل ذلك إذا كان ذلك بإذن البائع، ويطيب للمشتري ما زاد من الثمرة.



(١) قيده بذلك بعض الحنفية، انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٢) وقد نقلنا النص كاملًا في حاشية القول الأول، ولعلهم حملوه على ذلك من أجل أن الأصل في التابع أن يكون أقل من المتبوع، والله أعلم.

(٢) البحر الرائق (٥/ ٣٢٥).

مسألة
إذا كانت الأصول لرجل
والثمار لآخر ثم حدث نماء جديد

[م - ١٨٢] بينا في المسألة الماضية حكم بيع ثمر الشجر الذي يثمر أكثر من مرة، أو يتتابع ظهور الثمر فيه، وأن هناك من يصحح بيع هذه الثمار ويوجب قطعها في الحال، وهناك من لا يصحح بيعها إلا بشرط القطع في الحال، وهناك من يجيزه مطلقًا كالمالكية، ولا يوجب قطعها في الحال.

والبحث هنا ليس في صحة بيع تلك الثمار، وإنما البحث فيما إذا وقع البيع، واختلط الثمر بعضه ببعض، فمن يستحق الثمرة الجديدة؟

ومذهب المالكية لا إشكال فيه؛ لأنه يصحح البيع مطلقًا، وإنما خلاف هذه المسألة عند القائلين بأنه يجب القطع في الحال.

❑ تحرير محل الخلاف:

إذا كانت ثمرة كل من البائع والمشتري متميزة معلومة المقدار، لم تختلط، فكل واحد له نصيبه، وهذا بين واضح.

وإن كانت الزيادة مختلطة، ولكن كانت معلومة المقدار، كان البائع والمشتري شريكين، كل بقدر نصيبه، كما لو كانت الزيادة الحاصلة بقدر الربع، فهنا يكون للمشتري ثلاثة أرباع الثمرة، والربع للبائع.

وجهه: أن مال المشتري قد اختلط بمال البائع على وجه لا يمكن فصلهما، فأصبحا شريكين بقدر حصصهما(١).

---

(١) القواعد لابن رجب (ص١٦١)، الإنصاف (٥/ ٧٣)، المغني (٤/ ٦٧).

قال ابن قدامة: «وإذا باع شجرة فيها ثمر للبائع، فحدثت ثمرة أخرى، أو اشترى ثمرة في شجرها، فحدثت ثمرة أخرى، فإن تميزها، فلكل واحد ثمرته.

وإن لم تتميز إحداهما من الأخرى، فهما شريكان فيهما، كل واحد بقدر ثمرته...»[(١)].

أما لو كانت الزيادة غير متميزة، وغير معلومة المقدار، فهذه محل البحث في هذا الفصل، والمسألة قد اختلف العلماء فيها على أربعة أقوال:

القول الأول:

إن أثمرت ثمرًا جديدًا قبل القبض فسد البيع؛ لتعذر التمييز قبل التسليم، فأشبه فوات المبيع قبل التسليم. وهذا قول واحد في مذهب الحنفية[(٢)]، وقول في مذهب الشافعية[(٣)].

وإن أثمرت ثمرًا جديدًا بعد القبض فإنهما يشتركان فيها للاختلاط، والقول في قدره للمشتري مع يمينه؛ لأن المبيع في يده، وهو منكر، والقول قول المنكر، وهذا مذهب الحنفية[(٤)].

---

(١) المغني (٤/ ٦٧)، وانظر المنتقى للباجي (٤/ ٢٢٣).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧)، البحر الرائق (٥/ ٣٢٥).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٩٢)، السراج الوهاج (ص٢٠١).

(٤) قال في الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧): «ولو اشتراها مطلقًا، وأثمر ثمرًا آخر قبل القبض، فسد البيع لتعذر التمييز قبل التسليم، وإن أثمرت بعد القبض يشتركان، والقول للمشتري في قدره؛ لأنه في يده، وهو منكر».

وانظر البحر الرائق (٥/ ٣٢٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٥)، فتح القدير (٦/ ٢٩٠، ٢٩١).

القول الثاني:

للمشتري (مالك الثمرة) بطون ما يخلف، ولا يتميز بعضه عن بعض، ولو لم يشترطه. وأما ما يتميز بطون بعضه عن بعض، سواء كان مما يتصل بطونه أم لا، فهو لمالك الأصل (البائع)، لأن البائع إنما باع للمشتري ما جرت العادة بأخذه من عينه، ولم يتبعه أصله. وهذا مذهب المالكية[1].

وتعقب:

بأنه كيف يكون المتولد جزءًا من الصفقة، وهو حال العقد لم تخلق الثمرة بعد، فهو كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، وما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعًا لما خلق، وإن كان ما لم يبد صلاحه يجوز بيعه تبعًا لما بدا صلاحه؛ لأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع في بعض الأحوال كما لو اشترط القطع في الحال، وأما ما لم يخلق فلا يجوز إفراده بالبيع.

ويناقش:

بأنه سبق لنا في المسألة السابقة أن بينا أنه لا يشترط في التابع ما يشترط في المتبوع، فهذا الحمل لا يجوز إفراده بالبيع مطلقًا، ويجوز بيع الدابة، وهي حامل، ويكون له أثر في الثمن، فليس النظر في بيع ما بدا صلاحه تبعًا لما بدا، أنه يجوز إفراده بالعقد في حال اشتراط قطعه في الحال، فجاز بيعه تبعًا بخلاف الثمرة التي لم تخلق بعد، بل الملحظ: أن التابع يغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره، والله أعلم.

---

(١) منح الجليل (٥/ ٢٩٤)، الخرشي (٥/ ١٨٦)، التاج والإكليل (٤/ ٥٠٢)، الشرح الكبير (٣/ ١٧٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٧٨)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٢٢)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٢٣٦).

القول الثالث:

إذا حدث الاختلاط، وكان حق كل واحد متميزًا عن الآخر، فلكل واحد ثمرته، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة[١].

وإن كان حق كل واحد منهما لم يتميز، فإن كان ذلك قبل التخلية، كان للمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة.

وجهه: أننا لم نقل بفسخ العقد؛ لبقاء عين المبيع.

وقلنا بالخيار: لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم.

وإن سمح البائع بترك الثمرة الجديدة للمشتري، سقط خياره على الأصح، وأجبر على القبول. لزوال المحذور.

وإن حدث ذلك بعد التخلية فإن تصالحا وتوافقا على شيء فذاك، وإلا فالقول قول صاحب اليد في قدر حق الآخر، واليد بعد التخلية للمشتري. وهذا مذهب الشافعية[٢].

القول الرابع:

يصطلحان على الزيادة، ولا يبطل العقد، وهذا مذهب الحنابلة[٣].

---

(١) سيأتي العزو إلى كتبهم في آخر التقرير.

(٢) صاحب اليد فيه أوجه في مذهب الشافعية:
أحدها: للبائع، والثاني: للمشتري، ورجحه الرافعي وغيره، والثالث: لهما.
انظر مغني المحتاج (٢/ ٩٣)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩٠)، السراج الوهاج (ص٢٠١)، أسنى المطالب (٢/ ١٠٨، ١٠٩)، الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ٢٤٥)، نهاية المحتاج (٤/ ١٥٥).

(٣) الإنصاف (٥/ ٧٣).

وجهه: أننا لم نقل يبطلان العقد؛ لأن المبيع لم يتعذر تسليمه، وإنما اختلط بغيره، فهو كما لو اشترى طعامًا في مكان، فانثال عليه طعام للبائع، أو انثال هو على طعام للبائع، ولم يعرف قدر كل واحد منهما، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، فتركها حتى بدا صلاحها، أو اشترى عرية فتركها حتى أثمرت، فإن العقد يبطل في إحدى الروايتين؛ لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهي، وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة إلى أكله رطبًا، وهاهنا ما ارتكب نهيًا، ولم يجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم[١].

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أميل إليه هو ما اختاره المالكية رحمهم الله، وأن الثمر المتلاحق يكون من حق المشتري، ولكن خروجًا من الخلاف، وقطعًا للنزاع أرى أن ينص على ذلك في العقد.



(١) انظر المغني (٤/ ٦٧).

المبحث السابع
ما يدخل في بيع الحيوان

[م - ١٨٣] في بيع الحيوان يدخل حمله تبعًا؛ لأن الحمل لا يجوز بيعه وحده، ولا يجوز استثناؤه على الصحيح وقد سبق بحثه في مسألة مستقلة.

كما يدخل أيضًا لجام الدابة، وخطام البعير؛ لأن العرف والعادة جاريان أنها تدخل تبعًا في بيع الحيوان.

ولا يدخل في بيع الفرس سرجها وركابها؛ لأنها منفصلة عن المبيع.

كما نص الحنفية على أنه إذا اشترى بقرة حلوبًا لأجل اللبن، دخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر بخلاف ولد الأتان فإنه لا يدخل في بيع أمه بلا ذكر، ولو رضيعًا.

والفرق أن البقرة لا ينتفع بها إلا بالعجل، ولا كذلك الأتان... لأن البقرة تقصد للحلب، ومثلها الشاة والناقة، بخلاف الأتان، وبخلاف الولد الفطيم(١).

قال ابن عابدين: «قد يدخل بعض المنقول المنفصل إذا كان تبعًا للمبيع بحيث لا ينتفع إلا به، فيصير كالجزء، كولد البقرة الرضيع، بخلاف الأتان.

أما إذا حضر مهر الفرس، أو ولد الأتان، أو عجل البقرة أو حمل الشاة معها إلى محل البيع فتدخل هذه الأولاد كلها مع أمهاتها في البيع بدون ذكر، عملًا بالعرف(٢).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٥٧) و (٤/ ٥٤٨).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٢٣١، ٢٣٣)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٨١)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٨).

وقد يدخل عرفًا كقلادة الحمار، وثياب العبد»[١].



(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٨).

المبحث الثامن
ما يلحق في بيع المرابحة بأصل العقد

[م - ١٨٤] سيأتي الكلام مفصلًا عن بيع المرابحة والمواضعة في مباحث لاحقة، إلا أننا في هذا المبحث سوف نشير فيه إلى ما يلحق في أصل العقد مما يزاد في الثمن، أو يحط منه، وما لا يلحق فيه، لأن الكلام في الباب (ما يشمله اسم المبيع وما لا يدخل فيه)، والكلام في المبحث: (ما يلحق في بيع المرابحة) فالعلاقة ظاهرة بين المبحث، وبين الباب، فالسؤال: هل يلحق بأصل العقد ما يزاد في الثمن أو يحط منه، وللجواب على ذلك نقول:

لا خلاف بين الفقهاء بأن للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن، وأن للبائع أن يزيد في المبيع للمشتري أو يحط عن المشتري في الثمن، وإنما الخلاف بينهم هل تلحق هذه الزيادة أو النقصان بأصل العقد، وتكون ثمنًا، أو لا تلحق وتعتبر هبة؟

فإن اعتبرنا الزيادة أو النقص هبة لم تلزم إلا بالقبض، وإن اعتبرنا ذلك من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق، وفي الرد بالعيب، وإن كانت الزيادة فاسدة فسد البيع، ومن لم يجعلها من الثمن لم يوجب شيئًا من هذا.

ولتحرير ذلك نقول:

إن كانت الزيادة أو الحط قبل لزوم العقد[1]، فإنها تلحق بأصل العقد،

---

(١) كما لو كانت الزيادة في الثمن أو الحط منه في زمن أحد الخيارين (خيار المجلس وخيار الشرط) فإن الزيادة والحط قبل لزوم العقد، فيلتحق ذلك بالعقد، وتأخذ الزيادة، أو الحط حكم الثمن؛ لأن ذلك من الثمن، فوجب إلحاقه برأس المال، أما لو كانت الزيادة، أو الحط من الثمن، بعد لزوم العقد فإنها لا تلحق بالعقد.

وتكون ثمنًا، وتضاف إلى الثمن في بيوع الأمانة باعتبار أن الزيادة، أو النقص جزء من الثمن، ولأن العقد قبل لزومه لم يستقر، فالثمن فيه قابل للزيادة والنقص، فوجب إلحاقه برأس المال، والإخبار به كأصله.

قال ابن قدامة: «وإن كان ذلك - يعني الزيادة في الثمن والحط منه - في مدة الخيار لحق بالعقد، وأخبر به في الثمن، وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم»[(١)].

وأما إن كانت الزيادة أو الحط بعد لزوم العقد، فقد اختلف الفقهاء، هل يلحق ذلك بأصل العقد، أو تكون الزيادة هبة، والحط إبراء، وقد ذكرنا أدلة هذه المسألة في مبحث سابق، فأغنى عن إعادته هنا، وإنما أشرنا للمسألة للتذكير بأن الموضوع له علاقة في هذا الباب، و الله أعلم.



(١) المغني (٤/ ١٣٠)، وانظر روضة الطالبين (٣/ ٥٣٢).

الحكم الثاني
في قبض المبيع

المبحث الأول
في تعريف القبض

❑ تعريف القبض اصطلاحًا[(١)]:

لا أكاد أجد تعريفًا جامعًا لكل صور القبض، وذلك أن حقيقة القبض تختلف

(١) القبض لغة مصدر قبضه، يقبضه، قَبْضًا، بمعنى: أخذه. وهو خلاف البسط، وصار الشيء في قبضتك: أي في ملكك. وفي أسماء الله تعالى (القابض): وهو الذي يمسك الرزق وغيره من الأشياء عن العباد بلطفه وحكمته، ويقبض الأرواح عند الممات، ومنه الحديث (يقبض الله الأرض ويقبض السماء): أي يجمعها.
والقُبْضة: بالضم: الاسم: ما قبضت عليه من الشيء. وبالفتح المرة.
وفي حديث حنين، فأخذ قبضة من التراب: هو بمعنى المقبوض، كالغرفة بمعنى المغروف.
والقبض: الأخذ بجميع الكف.
وتقبض المال: إعطاؤه لمن يأخذه.
وقُبِضَ فلان، أي مات، فهو مقبوضٌ.
والقَبْضُ: الإسراعُ، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الطَّيْرِ فَوْقَهُمْ صَافَّاتٍ وَيَقْبِضْنَ﴾ [الملك: ١٩].
وقَبَضَ يَدَهُ عنه: امْتَنَعَ عن إمْساكِه ومِنْهُ قَوْلُه تَعالَى: ﴿وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ﴾ [التوبة: ٦٧]، أي عن النَّفَقَةِ وقيلَ: عن الزَّكاةِ فهو قَابِضٌ وقَبَّاضٌ حكاه أبو عُثمانَ المازِنِيّ، قال: وهو لغة أهل المَدينَة في الذي يَجْمَعُ كلَّ شيء.
وقَبَضَهُ: ضدُّ بَسَطَه ويُرادُ به التَّضْييقُ. ومِنْهُ قَوْلُه تَعالَى: ﴿وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ﴾ [البقرة: ٢٤٥]، أي يُضَيِّقُ عَلَى قَوْم ويُوَسِّعُ عَلَى قَوْمٍ.
انظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ٦)، مختار الصحاح (ص٢١٧)، لسان العرب (٧/ ٢١٥).

صوره بحسب اختلاف الأموال من عقار ومنقول، وبيع، وصرف، وهبة، ورهن، لذا سأختار من التعريف ما أرأى أنه أقربها، وإن لم يكن جامعًا.

القول الأول:

عرفه الزرقاء بقوله: «المعنى العام الجامع لكل صوره: أن يصبح المشتري متمكنًا من المبيع بناء على تخلي البائع له، وإذنه له باستلامه»[١].

وهذا القول يفسر القبض بالتخلية، وهذا مذهب الحنفية[٢]، والخرسانيين من الشافعية[٣]، ورواية عن أحمد[٤].

قال الكاساني: «التسليم والقبض عندنا: هو التخلية». ثم عرف التخلية بقوله: «والتخلي: وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري، برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلمًا للمبيع، والمشتري قابضًا له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع»[٥].

وقال النووي: «وفيه قول حكاه الخرسانيون أنه يكفي فيه - أي في المنقول- التخلية»[٦].

«وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل»[٧].

---

(١) عقد البيع (ص١١٥).
(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤).
(٣) المجموع (٩/ ٢٧٥)، فتح الباري (٤/ ٣٥٠).
(٤) المغني (٤/ ٩٠).
(٥) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤).
(٦) المجموع (٩/ ٢٧٥).
(٧) المغني (٤/ ٩٠).

المناقشة:

قد يقال: لو كانت التخلية هي القبض، لما اشترط في الهبة الحيازة دون التخلية، ولما اشترط القبض في اليد في بيع الصرف دون التخلية.

❑ **وأجيب بعدة أجوبة:**

[م - ١٨٥] **الأول:** اشتراط الحيازة في الهبة ليست محل اتفاق بين الفقهاء.

فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة أنها لا تلزم إلا بالقبض(١).

وقيل: تصح بنفس العقد وإن لم تقبض، وهو قول مالك(٢).

الثاني: أن التخلية إنما جعلت تسليمًا؛ لأن البائع إذا خلى بين المشتري وبين المبيع فقد رفع الموانع عن القبض. وهذا غاية ما يقدر عليه، وهو محتاج إلى إخراج نفسه من عهدة المبيع، فإذا أتى بما وسعه فقد بريء، وليس في وسعه إلا التخلية، وأما القبض الذي هو التسلم، فهذا فعل المشتري، فلا يكلف البائع فعل غيره، فجعل التمكن من القبض قبضًا، وهو القبض الحكمي، وهو القبض بطريق التخلية، وأما الهبة فلا يكفي فيها التخلية، وذلك أن التسليم ليس بواجب على الواهب، فإذا لم يسلمه إليه، ويقبضه لا يعد مسلمًا. وهذا النوع من القبض هو ما يسمى بالقبض الحقيقي، كما في قبض المفتاح(٣).

---

(١) المبسوط (١٢/ ٤٨)، بدائع الصنائع (٦/ ١٢٣)، المغني (٥/ ٣٨٠)، أسنى المطالب (٢/ ٤٨٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١١٣)، إعانة الطالبين (٣/ ١٤٧)، الإنصاف (٧/ ١١٩)، فتح الباري (٤/ ٣٩٢)، الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢٣١).

(٢) المنتقى للباجي (٦/ ١٠٨)، مواهب الجليل (٦/ ٥٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٠٣).

(٣) انظر البحر الرائق (٨/ ٢٦٥)، تبيين الحقائق (٦/ ٦٣)، حاشية ابن عابدين (٨/ ٤٣٤).

الثالث: ولأن القبض ليس له حقيقة شرعية، وإنما يحدده العرف، وهذا يختلف من مال لآخر، فقبض العقار يختلف عن قبض النقود، فما تعتبر التخلية فيه قبضًا، لا يلزم منه أن تكون قبضًا في مال آخر.

الرابع: أن الصرف جاء النص فيه أن يكون يدًا بيد، ولا يلزم منه أن يكون القبض في غيره يدًا بيد، على أن الصرف ليس محل اتفاق على وجوب أن يكون القبض يدًا بيد، وسوف يأتي تحريره إن شاء الله تعالى في كتاب الصرف.

القول الثاني في تعريف القبض:

قال التسولي: «الحوز: وضع اليد على الشيء المحوز»(١)، حقيقة أو حكمًا.

وهذا تعريف للقبض بتعريف أحد الألفاظ المرادفة للقبض، وهو الحيازة.

يرى فريق من العلماء أن التخلية في غير المنقول بمنزلة الأخذ باليد بالمنقول، وهذا مذهب الشافعية(٢).

وهذا القول يرى أن المنقول يمكن قبضه بحيازته ونقله، فلا يكفي فيه التخلية، وأما ما لا يمكن نقله وحيازته كالعقار فيكفي في قبضه التخلية.

وهذا التعريف أشمل من التعريف السابق، لأنه يشمل قبض التخلية، ويشمل قبض اليد.

ومن خلال هذا التعريف نستطيع أن نقسم القبض إلى قسمين:

الأول: القبض الحكمي: وهو التخلية.

الثاني: القبض الحقيقي: وهو تناول المبيع باليد، أو نقله وتحويله إلى حوزة القابض، أو كيل ما يكال، أو وزن ما يوزن، أو عد ما يعد، أو ذرع ما يذرع.

---

(١) البهجة شرح التحفة (١/ ١٦٨).

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٤/ ١٢٧).

المبحث الثاني
علاقة القبض بعقد البيع

قبل أن نتكلم على علاقة القبض بعقد البيع لا بد من الكلام على الأدلة الشرعية على وجوب القبض في عقد البيع، فإذا تصور حكم القبض في عقد البيع عرفنا منزلته من العقد:

[م - ١٨٦] الأصل في مسألة القبض أحاديث صحيحة، منها

(ح-٩١) ما أخرجه الشيخان من طريق عبد الله بن دينار، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه**(١).

(ح-٩٢) وما رواه الشيخان من طريق ابن طاووس، عن أبيه، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه. قال** ابن عباس: وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام(٢).

(ح-٩٣) ما رواه البخاري من طريق يونس، عن ابن شهاب، قال: أخبرني سالم بن عبد الله، أن ابن عمر رضي الله عنهما قال: **لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا - يعني الطعام - يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤووه إلى رحالهم**(٣).

فيؤخذ من جملة هذه الأحاديث أن القبض في البيع ليس هو من تمام العقد، بل الملك يحصل للمشتري قبل القبض وذلك بالإيجاب والقبول، ولذلك

---

(١) صحيح البخاري (٢١٣٣)، ومسلم (١٥٢٦).
(٢) صحيح البخاري (٢١٣٥) ومسلم (١٥٢٥).
(٣) صحيح البخاري (٢١٣٧)، ورواه مسلم (١٥٢٧).

قال ﷺ: **من ابتاع طعامًا، فلا يبعه حتى يقبضه**، فأثبت صحة البيع قبل القبض، ولكن منعه من التصرف فيه بالبيع قبل قبضه، والمنع من التصرف أخص من ثبوت الملك، فأثر القبض له تعلق في صحة التصرف في المبيع، وكذلك القبض له تعلق في الضمان إذا تلف قبل القبض وبعده، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل مستقل من هذا البحث.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: «القبض ليس بشرط في البيع، إلا أن العقد متى تم، كان على المشتري أن يسلم الثمن أولًا، ثم يسلم البائع المبيع إليه»(١).

قلت: قوله «القبض ليس بشرط في البيع» هذا في الجملة، وإلا هناك من البيوع ما يكون القبض شرطًا في لزومها واستمرارها كالصرف، وبيع الأموال الربوية بعضها ببعض، وقبض رأس مال السلم.

وقال ابن تيمية: «القبض في البيع ليس هو من تمام العقد، كما هو في الرهن، بل الملك يحصل قبل القبض للمشتري تابعًا، ويكون نماء المبيع له بلا نزاع، وإن كان في يد البائع، ولكن أثر القبض إما في الضمان، وإما في جواز التصرف»(٢). وهذا كلام جيد إلا أن ابن تيمية رحمه الله لا يرى ذلك في عقد الصرف ونحوه كما سيأتي النقل عنه.

ونستطيع من خلال ما تقدم أن نوجز علاقة القبض بالعقد:

فنقول: علاقة القبض بالعقد لها حالان:

الحال الأول:

أن يكون القبض أثرًا من آثار العقد، وواحدًا من موجباته. كما هو الحال في

---

(١) مادة (٢٦٢).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٣٤٣).

البيع اللازم، والرهن اللازم، ولا يلزم من تأخر القبض الوقوع في أي محذور شرعي، ولذلك لا مانع من اشتراط الخيار فيه، واشتراط الأجل.

فإذا تم انعقاد هذه العقود وأمثالها وجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري.

ويلحظ هنا أن العقد تم بإيجاب وقبول، تولد عنهما التزام يوجب الإقباض.

الحال الثاني:

أن يكون القبض من تمام العقد، كقبض الثمن في السلم، والتقابض يدًا بيد في الأموال الربوية، فإذا تفرق العاقدان بدون القبض بطل العقد؛ لأن تأخير القبض يوقع في محذور شرعي لا يمكن دفعه إلا بالقبض، ولذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه، ولا الأجل؛ لأنه بأحدهما لا يبقى القبض مستحقًا.

[م – ١٨٧] ويثور جدل بين الفقهاء حول القبض هنا في البيوع الربوية. هل القبض فيها شرط لزوم العقد واستمراره، أو أنه شرط انعقاد العقد وإنشائه؟ على قولين:

القول الأول:

يرى بعض الفقهاء أن القبض شرط لزوم العقد واستمراره، وهو ليس ركنًا فيه؛ لأن العقد تراض في نظر الشرع، وهو يتم بالإيجاب والقبول، لكنه عقد غير لازم يفتقر إلى القبض.

جاء في فتح القدير: «المختار أن القبض شرط البقاء على الصحة، لا شرط ابتداء الصحة، لظاهر قوله (فإذا افترقا بطل العقد، وإنما يبطل بعد وجوده، وهو الأصح»[1].

---

(١) فتح القدير (٧/ ١٣٥).

وجاء في البحر الرائق: «اختلفوا في القبض، فقيل: شرط انعقاده صحيحًا، فأورد عليه أنه حينئذ لا بد من القران، أو التقدم، والقبض متأخر، فكان حكمًا لا شرطًا[١].

وأجيب:

بأن الوجود في المجلس جعل مقارنًا للعقد حكمًا. والصحيح المختار: أنه شرط بقائه على الصحة، لا شرط انعقاده»[٢].

وجاء في شرح الزرقاني على الموطأ: «قال الأبي: المناجزة قبض العوضين عقب العقد، وهي شرط في تمام الصرف، لا في عقده، فليس لأحدهما أن يرجع، وصرح بأنها شرط المازري، وابن محرز، واختار شيخنا يعني ابن عرفة: أنهاركن، لتوقف حقيقته عليها، وليست بخارجة، وظاهر كلام ابن القصار أنها ليست بركن، ولا شرط، وإنما التأخير مانع من تمام العقد، فإن قيل: لا يصح أنها شرط؛ لأن الشرط عقليًا كالحياة للعلم، أو شرعيًا كالوضوء للصلاة: شرطه أن يوجد دون المشروط، والمناجزة لا توجد دون عقد الصرف، فما صورة تأخيرها؟

أجيب: بأنها إنما هي شرط في الصرف الصحيح، وهو متأخر عنها»[٣].

قال ابن رجب في القواعد: «واعلم أن كثيرًا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرًا للزومها، واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها، وممن صرح بذلك صاحب المغني، وأبو الخطاب في انتصاره، وصاحب التلخيص وغيرهم.

---

(١) يقصد أن الشرط لا يتأخر عن المشروط، فإذا قلنا: إن القبض شرط، لزم منه أن يتقدم القبض على الإيجاب والقبول، أو يكون مقارنًا لهما، لا أن يتأخر عنهما.

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢١٠، ٢١١)، وانظر تبيين الحقائق (٤/ ١٣٥).

(٣) شرح الزرقاني (٣/ ٣٦٢).

ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطًا للصحة، وممن صرح بذلك صاحب المحرر فيه في الصرف، والسلم، والهبة»[١].

القول الثاني:

من الفقهاء من يرى أن القبض ركن في العقد، لأن به تمام الرضا، فلا ينعقد العقد ولا ينشأ إلا بحصول القبض، وقد صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقي يدل عليه أيضًا[٢].

يقول ابن رجب: «قال الشيخ تقي الدين: التحقيق أن يقال في هذه العقود- يعني عقد الصرف والسلم والهبة ونحوها - إذا لم يحصل القبض فلا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول: بطل العقد، فكما يقال: إذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب، فهذا بطلان ما لم يتم، لا بطلان ما تم. اهـ

ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول، كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة»[٣]. اهـ كلام ابن رجب.

وإن كنت ميالًا إلى أن القبض هو شرط إما لصحة العقد، أو للزومه واستمراره؛ لا أن العقد لا ينعقد أصلًا إلا بالقبض، وذلك لأن المعنى الشرعي للعقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره الشرعي في محله، وهذا المعنى للعقد يتحقق بالإيجاب والقبول، فالقبض ليس ركنًا في العقد، وإلا لكان ركنًا في العقد مطلقًا في كل بيع، وليس في بعض العقود خاصة،

---

(١) القواعد لابن رجب، القاعدة التاسعة والأربعون (ص٧١).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق، وقال في الفتاوى الكبرى (٤/ ٤٧٤): «والتحقيق في عقود الربا إذا لم يحصل فيها القبض أن لا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول: بطل العقد، فهو بطلان ما لم يتم، لا بطلان ما تم».

وإنما القبض أثر من آثار العقد، على اختلاف بين عقد وعقد، وحيث يكون تأخر القبض في بعض العقود محرمًا؛ لأنه يوقع العاقد في محذور شرعي، فيحرم تأخيره لذلك، كما يوقع تأخير القبض في عقد السلم في الوقوع في بيع الدين بالدين، ويوقع تأخير القبض في الأموال الربوية إلى الوقوع في ربا النسيئة كما في عقد الصرف، فدفعًا لهذه المحاذير، نقول: إذا تفرق العاقدان قبل القبض يكون العقد لاغيًا لافتقاره إلى شرط لزومه واستمراره، أو لافتقاره إلى شرط صحته، ولا يقال: إن العقد لم ينعقد أصلًا[1].



(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص: ٤٩٩).

المبحث الثالث
في كيفية قبض المال

الفرع الأول
في كيفية قبض ما لا ينقل

المسألة الأولى: في قبض العقار

المطلب الأول: في تعريف العقار

❑ **تعريف العقار:**

[م - ١٨٨] اختلف الفقهاء في المقصود بالعقار:

فقيل: العقار: كل ما له أصل ثابت، لا يمكن نقله، ولا تحويله كالدور والأراضي، أما البناء والشجر فلا يعتبران من العقار إلا على وجه التبعية.

قال ابن نجيم: «صرح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات، وأنه لا شفعة فيها إذا بيعا بلا عرصة(١)، فإن بيعا معها وجبت تبعًا»(٢).

---

(١) جاء في المصباح المنير (ص٤٠٢): «عَرْصَةُ الدَّار: سَاحَتُهَا، وَهِيَ الْبُقْعَةُ الْوَاسِعَةُ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا بِنَاءٌ وَالْجَمْعُ عِرَاصٌ مِثْلُ كَلْبَةٍ وَكِلَابٍ وَعَرَصَاتٌ مِثْلُ سَجْدَةٍ وَسَجَدَاتٍ. وَقَالَ أَبُو مَنْصُورٍ الثَّعَالِبِيُّ فِي كِتَابِ فِقْهِ اللُّغَةِ: كُلُّ بُقْعَةٍ لَيْسَ فِيهَا بِنَاءٌ فَهِيَ عَرْصَةٌ.
وَفِي كَلَامِ ابْنِ فَارِسٍ نَحْوٌ مِنْ ذَلِكَ وَفِي التَّهْذِيبِ، وَسُمِّيَتْ سَاحَةُ الدَّارِ عَرْصَةً لِأَنَّ الصِّبْيَانَ يَعْتَرِصُونَ فِيهَا أَيْ يَلْعَبُونَ وَيَمْرَحُونَ...».

(٢) البحر الرائق (٧/ ١٩٨)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٤٦)، والمادة (١٠١٩) من مجلة الأحكام العدلية، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤٨٠).

وجاء في مطالب أولى النهى: «ظاهر كلام أئمة المذهب، بل صريحه، أن العقار: هو الأرض فقط، وأن الغراس والبناء ليس بعقار، وظاهر كلام أهل اللغة، أو صريحه، أنهما من العقار، فعن الأصمعي: العقار: المنزل، والأرض والضياع، وعن الزجاج: كل ما له أصل»(١).

وجاء في الشرح الكبير للدردير: «وقبض العقار: وهو الأرض، وما اتصل بها من بناء وشجر»(٢).

ومذهب المالكية لا يختلف عن مذهب الحنفية، فهم يرون العقار هو الأرض، وأما البناء، والشجر فهو عقار باعتبار اتصاله بالأرض، أما إذا لم يتصل بالأرض فهو منقول.

وقيل: العقار: هو الأرض، والبناء، والشجر، وهذا مذهب الشافعية(٣).

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أراه أن الخلاف في المسألة خلاف اصطلاحي، ولا مشاحة في الاصطلاح.



---

(١) مطالب أولي النهى (٤/ ١٠٩).

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٤٧٦)، وانظر حاشية الدسوقي (٣/ ٤٧٦)، الخرشي (٥/ ١٥٨)، الشرح الصغير (٣/ ١٩٩)، منح الجليل (٦/ ١٣١).

(٣) حاشية الجمل على شرح المنهج (٥/ ٣٦٤)، طرح التثريب (٦/ ١٤٣)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٣).

وجاء في الموسوعة الكويتية (٢٢/ ٨٠): «العقار عند الجمهور: هو كل ملك ثابت له أصل، كالدار والنخل، وعرفه الحنفية بأنه الضيعة، وجعلوا البناء والنخل من المنقولات، وعندهم قول كقول الجمهور».

المطلب الثاني
في قبض العقار

[م - ١٨٩] نستطيع أن نقول: إن الفقهاء متفقون على أن محل العقد إن كان عقارًا كالدور، والأراضي، فإن قبضها يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل إليه الملك، بحيث يتمكن من الانتفاع به الانتفاع المطلوب عرفًا.

وحقيقة التخلية: أن يرفع البائع ملكه عن المبيع، بحيث يتمكن المشتري من القبض، ولا يجب القبض بالبراجم(١).

وقيل: التخلية: رفع الموانع، والتمكين من القبض(٢).

والحجة في هذا اتفاق الفقهاء على أن التخلية قبض للعقار.

جاء في حاشية ابن عابدين: «أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضًا»(٣).

وجاء في الإنصاف: «وفيما عدا ذلك بالتخلية، كالذي لا ينقل، ولا يحول، وهذا بلا نزاع»(٤).

ولأن القبض والتسليم: هو التخلية؛ وذلك أن التسليم في اللغة: عبارة عن جعله سالمًا خالصًا، يقال: سلم فلان لفلان: أي خلص له.

---

(١) العرف الشذي للكشميري (٣/ ٥٢) شرح حديث (١٢٩١).

(٢) تكملة حاشية رد المحتار (١/ ٣٨).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٧١).

(٤) الإنصاف (٤/ ٤٧١)، وانظر: فتح القدير (٦/ ٢٩٧)، الشرح الكبير (٣/ ١٤٥)، الخرشي (٥/ ١٥٨)، مغني المحتاج (٢/ ٧١)، فتح الباري (٤/ ٣٥٠)، المحرر (١/ ٣٢٣)، مجموع الفتاوى (٣٠/ ٢٧٢).

قال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾ [الزمر: ٢٩] أي سالمًا خالصًا، لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري: هو جعل المبيع سالمًا للمشتري: أي خالصًا له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليمًا من البائع....[١].

«ولا يعتبر في قبض العقار دخوله، والتصرف فيه، وإنما المعتبر: التمكن من التصرف، وتسليم المفتاح»[٢].



(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤).

(٢) شرح الوجيز (١١/ ٢٥٠).

المطلب الثالث
في شروط القبض بالتخلية

[م - ١٩٠] ذكر الفقهاء شروط القبض بالتخلية على خلاف بينهم في اعتبار بعضها.

من ذلك:

الشرط الأول:

اشترط الحنفية أن يكون العقار قريبًا، فإن كان العقار بعيدًا فلا تعتبر التخلية قبضًا؛ لأن في قرب العقار يتصور القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض[١].

الشرط الثاني:

اشترط الشافعية[٢]، وبعض المالكية[٣]، أن يكون العقار غير معتبر فيه تقدير.

أما إذا كان معتبرًا فيه، كما لو اشترى أرضًا مذارعة، فلا تكفي التخلية، والتمكين.

---

(١) وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وظاهر الرواية، والمعتمد في المذهب، خلافًا لأبي حنيفة، فإنه لم يعتبر القرب والبعد، واستظهر ابن عابدين أن المراد بالقرب في الدار بأن تكون في البلد.
انظر: فتح القدير (٦/ ٢٩٧)، مجمع الضمانات (ص٢١٩).

(٢) المجموع (٩/ ٣٣٦، ٣٣٧)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٦٧).

(٣) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨).

الشرط الثالث:

اشترط الشافعية[١]، وبعض الحنفية[٢] فراغ العقار من أمتعة البائع، وكذا أمتعة غير المشتري من مستأجر، ومستعير، وموصى له بالمنفعة.

وجهه: أن التسلم في العرف موقوف على ذلك.

ولم يعتبر المالكية، والحنابلة خلو المبيع من متاع البائع شرطًا للتخلية، واستثنى المالكية دار السكنى.

قال في الشرح الكبير للدردير: «وقبض العقار، وهو الأرض، وما اتصل بها من بناء، وشجر بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكنه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت، وإن لم يخل البائع متاعه منها، إن لم تكن دار سكنى، فإن قبضها بالإخلاء، ولا يكفي التخلية»[٣].

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية: «قبض الدار والمتاع بالتخلية، ولو كان

---

(١) جاء في السراج الوهاج (ص١٩٣): «وقبض العقار: وهو الأرض، والنخل، والأبنية: تخليته للمشتري، وتمكينه من التصرف فيه، بشرط فراغه من أمتعة البائع».
وقال في مغني المحتاج (٢/ ٧٢): «ولو جمعت الأمتعة في بيت من الدار، وخلي بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه».
وانظر منهاج الطالبين (ص٤٩)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٣).
وقال في حاشية الجمل (٣/ ١٦٨): «وتفريغه من متاع وغيره: أي إن كان ظرفًا في العادة، وإلا فلو كان على رأس النخلة شيء كثوب، لا يشترط في قبضها تفريغها منه».

(٢) جاء في مجمع الضمانات (ص٢١٩): «وفي قاضي خان: لو باع دارًا وسلمها إلى المشتري، وفيها متاع قليل للبائع، لم يكن تسليمًا، إلا إذا سلمها فارغة، وإن أودع المتاع عند المشتري، وأذن للمشتري بقبض الدار والمتاع جميعًا، صح تسليمه...». وانظر حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٢).

(٣) الشرح الكبير (٣/ ١٤٥)، وانظر منح الجليل (٥/ ٢٣٢)، شرح الخرشي (٥/ ١٥٨).

فيها متاع البائع، وبتسليم مفتاح الدار، أو فتح بابها للمشتري»[١].

واشترط بعض الحنفية حتى لا يؤثر على القبض وجود المتاع في الدار، أن يأذن له البائع بقبضه مع الدار، ليكون وديعة عنده.

جاء في مجمع الأنهر «وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع، والبيت، صح، وصار المتاع وديعة عنده»[٢].

الشرط الرابع:

اشترط الشافعية إن لم يحضر العاقدان المبيع أن يمضي زمن يمكنه الوصول إليه، والاستيلاء عليه، «حتى لو سلم المفتاح لوكيل المشتري الحاضر عند المبيع، وفرغ المبيع من الأمتعة المذكورة، لم يحصل القبض بذلك قبل مضي الزمن المذكور»[٣].

الشرط الخامس:

اشترط الشافعية أنه لا بد مع التخلية من لفظ من البائع يدل عليه، ولا يكتفى بالتخلية فقط.

جاء في الفتاوى الفقهية الكبرى: «وسئل: هل يشترط تلفظ البائع بالتخلية في -المبيع- العقار لقبضه، أو يكفي السكوت مع التمكين، والفراغ من أمتعة البائع؟

فأجاب:

لا بد مع التخلية في نحو العقار من لفظ من البائع يدل عليها، مع تسليم

---

(١) المادة (٣٣٤).

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٢١).

(٣) شرح البهجة للأنصاري (٣/ ٢)، وانظر حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٦٧، ٢٦٨).

مفتاح الدار، وتفريغها من متاع غير المشتري...»[١].

قال في تحفة المحتاج: «بلفظ يدل... الخ كخليت بينك وبينه، أو ما يقوم مقام اللفظ، كالكتابة، والإشارة، ومحل اشتراط ذلك - كما هو ظاهر - إن كان للبائع حق الحبس، أما إذا لم يكن له فسيأتي أنه يستقل المشتري بقبضه، فلا يحتاج إلى لفظ»[٢].

فعلم من هذا أن الشافعية اشترطوا ذلك فقط في الوقت الذي يحق للبائع حبس المبيع، كما لو لم يستلم الثمن، وذلك خوفًا من أن يكون القبض بغير إذن البائع، فيكون كالمغتصب للمبيع، أما إذا كان من حقه قبض المبيع، فيكفي التخلية ولو لم يكن هناك لفظ يدل عليها، و الله أعلم.



---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي (٢/ ٢٥٣)، وانظر شرح البهجة للأنصاري (٣/ ٣)، تحفة المحتاج (٤/ ٤١٠).

(٢) تحفة المحتاج (٤/ ٤١٠).

المسألة الثانية
في قبض الثمار على الشجر

[م - ١٩١] الثمر على الشجر ألحقته في قبض ما لا ينقل بناء على مذهب الجمهور الذين يجيزون بقاءه إلى أوان الجذاذ،

وقد اختلف العلماء في قبض الثمر على الشجر:

فقيل: قبضه بالتخلية، وهذا مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

قال العز بن عبد السلام: «الثمار على الأشجار إذا أينعت وبدا صلاحها، الأصح، أن تخليتها قبض لها»[٤].

وقيد بعض الشافعية ذلك بكون الثمرة المبيعة قبل أوان الجذاذ، أما إذا اشتراها وقت قطعها، فحكمها في القبض حكم المنقولات.

---

(١) انظر عمدة القارئ (١٢/ ٨)، وجاء في حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٠): «ويصح تسليم ثمار الأشجار، وهي عليها بالتخلية، وإن كانت متصلة بملك البائع».
وقد مر معنا في باب: شمول المبيع، وما يدخل فيه بالبيع: أن مذهب الحنفية يرون أن المشتري لا يملك إبقاء الثمر على الشجر، وإنما موجب العقد عندهم القبض الناجز بكل حال، فإذا رأوا أن التخلية كافية في القبض، فهو متسق مع مذهبهم في أن المشتري لا يحق له أن يبقي الثمر على الشجر، بخلاف مذهب الجمهور الذي يرى أن المشتري له أن يبقي الثمر إلى أوان الجذاذ.

(٢) أسنى المطالب (٢/ ١٠٨)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٨٤)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٦٧)، نهاية المحتاج (٤/ ١٥٣)، غاية البيان بشرح زبد ابن رسلان (ص١٨٧).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٢٤٧، ٢٤٨)، كشف المخدرات (ص٤٠٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٠٢).

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٨٤).

جاء في فتاوى الرملي: «قال الشيخان: في معنى العقار الأشجار الثابتة، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ. قال الإسنوي: وتقييده بما قبل الجذاذ يشعر بأن دخول وقت قطعها يلحقها بالمنقولات، وهو متجه. اهـ. وقال الأذرعي: لم يتعرض غير الشيخين لهذا القيد. . . وقال البلقيني: لا فرق بين أن يبيعها قبل أوان الجذاذ، أو بعده، خلافًا لما في الروضة من التقييد بما قبل أوان الجذاذ، فإنه يلزم على هذا أن الثمرة المبيعة في أوان الجذاذ يكون قبضها بالقطع، وليس الأمر كذلك، ولو كان كذلك لما قال الشافعي في الجديد: إن الجوائح من ضمان المشتري، ولا فرق فيه بين أن تبلغ أوان الجذاذ، أم لا، فدل على أن قبض الثمار بالتخلية مطلقًا، فقد حكى الرافعي في المسألة ثلاث طرق:

أظهرها: أنه على قولين.

والثاني: القطع بأنها من ضمان المشتري.

والثالث: القطع بأنها من ضمان البائع؛ لأنها لما شرط فيها القطع صار قبضها بنقلها. اهـ لكن ما ذكرته يدل على أن التعليل ليس محل وفاق»(١).

ويرى بعض المالكية وبعض الحنابلة أن التخلية ليست قبضًا، أو ليست قبضًا تامًا، وأن قبض الثمار على الشجر لا يكون إلا بتمام الاستيفاء، وذلك إنما يكون بتمكن المشتري من جذاذها؛ لأن الثمار على الشجر لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها جاز بيعها، ولمشتريها أن يبقيها إلى أوان الجذاذ، فقبل جذاذها لا يعتبر قد تمكن من استيفائها، والقبض التام لا يكون إلا بتمام الاستيفاء، ولذلك إذا تلفت بآفة سماوية كانت من ضمان البائع، ولو حدث الاستيفاء لكانت من ضمان المشتري.

---

(١) فتاوى الرملي (٢/ ١٤٤)، وانظر تحفة المحتاج (٤/ ٤١٠)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٣).

يقول ابن تيمية رحمه الله: «إن اشترى ثمرًا قد بدا صلاحه، فأصابته جائحة أتلفته قبل كمال صلاحه، فإنه يتلف من ضمان البائع... والحديث قد ثبت في صحيح مسلم عن النبي ﷺ: **إذا بعت من أخيك ثمرة فأصابتها جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ من مال أخيك شيئًا. بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟**

والاعتبار يؤيد هذا القول، فإن المبيع تلف قبل تمكن المشتري من قبضه، فأشبه ما لو تلفت منافع العين المؤجرة قبل التمكن من استيفائها. فإذا قيل: هذه الثمرة تلفت بعد القبض؟ قيل: قبض الثمرة التي لم يكمل صلاحها من جنس قبض المنافع؛ فإن المقصود إنما هو جذاذها بعد كمال الصلاح...»[(١)].

وقال الباجي في المنتقى كلامًا نحو هذا، حيث يقول:

«التخلية بينه وبينها ليست بقبض لها، بدليل أن الجائحة تثبت في الثمرة بعد تخلي البائع عنها إلى المبتاع، وهي في أصل شجره، ويجب على البائع سقيها، فلو كان ذلك قبضًا لكانت من ضمان البائع»[(٢)].

ويرى ابن قدامة أن تخلية الثمار على الشجر قبض غير تام، قال في المغني:

«التخلية ليست بقبض تام - يعني في الثمار على الشجر - بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة، فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها، توجد حالًا فحالًا، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة»[(٣)].

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٢٦٠).

(٢) المنتقى (٤/ ٢٣٢).

(٣) المغني (٤/ ٨٦).

وقال البهوتي في كشاف القناع في معرض بيانه بوضع الجوائح:

«وإن تلفت ثمرة... بجائحة سماوية... ولو كان التلف بعد قبضها وتسليمها بالتخلية؛ لأنها ليست بقبض تام، فوجب كونه من ضمان البائع، كما لو لم يقبض، رجع المشتري على بائع الثمر التالفة»(١).

ويفهم من هذا الكلام أن القبض منه ما هو تام، ومنه ما هو ناقص، وقد اعترف الحنفية بهذا التقسيم للقبض ولكن خصوه فيما فيه حق توفيه فقط، كما تقدم، قال الكاساني: «إن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال، واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها، أم لا؟»(٢).

وسوف نناقش مسألة وضع الجوائح، ومسألة الضمان، وارتباطه بالتصرف في مسألة مستقلة إن شاء الله تعالى.



(١) كشاف القناع (٣/ ٢٨٥).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤)، والفرق بين تقسيم الحنفية وتقسيم المالكية والحنابلة أن الحنفية جعلوا التخلية قبضًا ناقصًا في المبيع الذي لا يجوز فيه للمشتري التصرف فيه بالبيع قبل قبضه، وإن كانت التخلية تؤدي إلى نقل الضمان من البائع إلى المشتري، بينما المالكية والحنابلة جعلوا التخلية قبضًا ناقصًا في مبيع الثمر على الشجر من جهة كون الضمان على البائع، وليس على المشتري، وإن كان له أن يتصرف فيه بالبيع ونحوه.

الفرع الثاني
في كيفية قبض المال المنقول

المسألة الأولى
قبض ما فيه حق توفية

[م - ١٩٢] إن كان المال المنقول قد بيع على التقدير بالكيل، أو الوزن، فقد اختلف العلماء فيما يحصل به القبض على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن قبضه يكون بتخليته، وأما كيله أو وزنه فهو من تمام قبضه.

يوضح ذلك الكاساني في بدائع الصنائع، فيقول:

«لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال(١)، واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها، أم لا؟ وجملة الكلام فيه: أن المبيع لا يخلو: إما أن يكون مما له مثل، وإما أن يكون مما لا مثل له».

فإن كان مما لا مثل له من المذروعات، والمعدودات المتفاوتة، فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف، حتى لو اشترى مذروعًا مذارعة، أو معدودًا معاددة، ووجدت التخلية، يخرج عن ضمان البائع، ويجوز له بيعه، والانتفاع به قبل الذرع، والعد، بلا خلاف.

---

(١) ينبغي أن يقيد هذا الإطلاق فيما عدا الصرف، فإن الحنفية كغيرهم نصوا على أن القبض في الصرف لا بد أن يكون يدًا بيد. انظر البحر الرائق (٦/ ٢١٠)..

وإن كان مما له مثل، فإن باعه مجازفة فكذلك؛ لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة.

وإن باع مكايلة، أو موازنة في المكيل، والموزون، وخلَّى، فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع، ويدخل في ضمان المشتري، حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن، يملك على المشتري. وكذا لا خلاف في أنه لا يجوز للمشتري بيعه، والانتفاع به قبل الكيل والوزن. . . . لكن اختلفوا في أن حرمة التصرف قبل الكيل، أو الوزن؛ لانعدام القبض، بانعدام الكيل، أو الوزن، أو شرعا غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية؟

قال بعض مشايخنا: إنها تثبت شرعا غير معقول المعنى.

وقال بعضهم: الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل، أو الوزن، وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلًا، لا يجوز بدون قبضه بتمامه.

❑ **وجه قول الأولين:**

ما ذكرنا أن معنى التسليم، والتسلم، يحصل بالتخلية؛ لأن المشترى يصير سالمًا، خالصًا للمشتري، على وجه يتهيأ له تقليبه، والتصرف فيه، على حسب مشيئته، وإرادته، ولهذا كانت التخلية تسليمًا، وقبضًا، فيما لا مثل له، وفيما له مثل، إذا بيع مجازفة، ولهذا يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخلية نفسها، بلا خلاف، دل أن التخلية قبض، إلا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبدًا، غير معقول المعنى، والله ﷻ أعلم.

❑ **وجه قول الآخرين:**

تعليل محمد رحمه الله في هذه المسألة في كتاب البيوع فإنه قال: ولا يجوز

للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل؛ لأنه باعه قبل أن يقبضه، ولم يرد به أصل القبض؛ لأنه موجود، وإنما أراد به تمام القبض، والدليل على أن الكيل، والوزن في المكيل، والموزون الذي بيع مكايلة، وموازنة من تمام القبض: أن القدر في المكيل، والموزون معقود عليه، ألا ترى أنه لو كيل، فازداد، لا تطيب له الزيادة بل ترد، أو يفرض لها ثمن؟ ولو نقص يطرح بحصته شيء من الثمن، ولا يعرف القدر فيهما إلا بالكيل، والوزن؛ لاحتمال الزيادة، والنقصان، فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه إلا بالكيل، والوزن، فكان الكيل، والوزن فيه من تمام القبض(١).

❑ خلاصة مذهب الحنفية:

اتفق الحنفية مع الجمهور في قضية المنع من التصرف في المبيع الذي فيه حق توفيه، حتى يستوفى بالكيل، أو الوزن، واختلفوا معهم في أن التخلية في مثل هذا تعتبر قبضًا، وأنها تنقل الضمان من البائع إلى المشتري - وسيأتي دراسة ضمان المبيع في مبحث خاص، وكذا التصرف في المبيع قبل قبضه - وإنما البحث هنا، هل التخلية تعتبر قبضًا، أولا تعتبر، فظهر لنا أن الحنفية اختاروا أن التخلية قبض، وأن الكيل، أو الوزن يعتبر من تمام القبض(٢).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤)، وانظر تبيين الحقائق (٤/ ٨١، ٨٢)، وجاء في مجلة الأحكام العدلية (مادة: ٢٧٣): كيل المكيلات، ووزن الموزونات بأمر المشتري، ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يكون تسليمًا.

(٢) وهذا الكلام شبيه بكلام ابن تيمية في قبض الثمار على الشجر، فإنه اعتبر تخليتها قبضًا، وأن استيفاء الثمرة وقت الجذاذ من تمام القبض، فلو هلكت الثمرة قبل أوان الجذاذ بآفة سماوية كانت من ضمان البائع، وهو ما يعرف بوضع الجوائح.

القول الثاني:

أن التخلية لا تكون قبضًا للمال الذي فيه حق توفية، وإنما قبضه يكون باستيفاء قدره، أي بكيله، إن كان اشتري بكيل، أو بوزنه، إن اشتري بوزن، أو بعده، إن اشتري بالعد، وهكذا، وهذا مذهب المالكية(١). والحنابلة(٢).

زاد الشافعية: ونقله بعد تقديره.

قال العز بن عبد السلام: «ما جرت العادة بنقله، وهو ضربان:

أحدهما: ما يستحق كيله، أو وزنه، فقبضه بكيل مكيله، ووزن موزونه، ثم نقله بعد تقديره»(٣).

❑ دليل الجمهور:

استدل الجمهور أن الاستيفاء: هو كيل ما اشتري بكيل، أو وزن ما اشتري بوزن، هذا هو الاستيفاء، وإن بقي المبيع عند البائع.

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٧٧)،

(٢) الإنصاف (٤/ ٤٦١)، الكافي في فقه ابن حنبل (٢/ ٢٧)، وجاء في المحرر (١/ ٣٢٣): «ويحصل القبض فيما ينقل بالنقل، وفيما يتناول باليد بالتناول، وفي العقار ونحوه بالتخلية، وفيما قدر بكيل أو غيره بتوفيه به».
وجاء في كشاف القناع (٣/ ٢٤٦): «ويحصل القبض فيما بيع بكيل، أو وزن، أو عد، أو ذرع بذلك: أي بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذرع». وانظر الفروع (٤/ ١٤٠)..

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٨٤)، وقال النووي في المجموع (٩/ ٣٣٧): «النوع الثاني: أن يعتبر فيه تقدير، بأن اشترى ثوبًا، أو أرضًا مذارعة، أو متاعًا موارثة، أو صبرة مكايلة، أو معدودًا بالعدد، فلا يكفي للقبض ما سبق في النوع الأول، بل لا بد مع ذلك من الذرع، أو الوزن، أو الكيل، أو العد». فقوله فلا بد مع ذلك: أي مع النقل: الذرع فيما يذرع، و الوزن فيما يوزن، والكيل فيما يكال، والعد فيما يعد.

(ح-٩٤) فقد روى الشيخان من طريق نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**[١].

(ح-٩٥) وفي رواية للشيخين من طريق عبد الله بن دينار، قال: سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: قال النبي ﷺ: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه**[٢].

جاء في شرح الزرقاني للموطأ: جعل مالك رواية (حتى يستوفيه) تفسيرًا لرواية (حتى يقبضه)؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا بالكيل، أو الوزن على المعروف لغة، قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكۡتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسۡتَوۡفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمۡ أَو وَّزَنُوهُمۡ يُخۡسِرُونَ﴾ [المطففين: ٢، ٣].

وقال ﴿فَأَوۡفِ لَنَا ٱلۡكَيۡلَ﴾ [يوسف: ٨٨].

وقال: ﴿وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ إِذَا كِلۡتُمۡ﴾ [الإسراء: ٣٥][٣].

وقال ابن عبد البر في التمهيد: والاستيفاء عنده - يعني مالكًا - وعند أصحابه لا يكون إلا بالكيل، أو الوزن، وذلك عندهم فيما يحتاج إلى الكيل، أو الوزن، مما بيع على ذلك، قالوا: وهو المعروف من كلام العرب في معنى الاستيفاء، بدليل قوله ﷻ: ﴿ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكۡتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسۡتَوۡفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمۡ أَو وَّزَنُوهُمۡ يُخۡسِرُونَ﴾ [المطففين: ٢، ٣].

وقوله ﴿فَأَوۡفِ لَنَا ٱلۡكَيۡلَ وَتَصَدَّقۡ عَلَيۡنَآۖ﴾ [يوسف: ٨٨].

﴿وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ إِذَا كِلۡتُمۡ﴾ [الإسراء: ٣٥]». اهـ[٤].

---

(١) البخاري (٢١٢٦)، ومسلم (١٥٢٦).

(٢) البخاري (٢١٣٣)، ومسلم (١٥٢٦).

(٣) شرح الزرقاني (٣/ ٣٦٨).

(٤) التمهيد (١٣/ ٣٣٦).

❑ دليل الشافعية على وجوب النقل بعد الاستيفاء:

(ح-٩٦) استدلوا بما رواه الشيخان من طريق عبد الله بن دينار، قال: سمعت ابن عمر ﵄ يقول: قال النبي ﷺ: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه**.

وفي رواية (حتى يستوفيه)[1].

وقد رأى الشافعية أن لفظ (حتى يقبضه) فيه زيادة في المعنى على لفظ (حتى يستوفيه)، فالواجب مجموع اللفظين: الاستيفاء والقبض، أما استيفاء المبيع المنقول من البائع، وتبقيته في منزل البائع، لا يكون قبضًا شرعيًا، حتى ينقله المشتري إلى مكان، لا اختصاص للبائع به[2].

(ح-٩٧) ويدل لذلك ما رواه مسلم من طريق عمر بن محمد، عن نافع، عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه، ويقبضه**[3].

ومن العلماء من قال: رواية (حتى يستوفيه) فيه زيادة في المعنى على رواية (حتى يقبضه) عكس ما قال الشافعية؛ لأنه إذا قبض البعض، وحبس البعض من أجل الثمن، صدق عليه القبض في الجملة، بخلاف الاستيفاء.

وقد رأى بعض العلماء أنه جمع بين اللفظين، للإشارة إلى أن الروايتين بمعنى واحد[4].

---

(١) صحيح البخاري (٢١٣٣، ٢١٢٦)، ومسلم (١٥٢٦).

(٢) انظر فتح الباري (٤/ ٣٥٠).

(٣) صحيح مسلم (١٥٢٦).

(٤) انظر شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٧١).

قال الكشميري في العرف الشذي: «وأما الفاظ الحديث فثلاثة (حتى يستوفيه) (حتى ينقله) (حتى يقبضه) فزعم الشافعية أن الأصل حتى ينقله، والآخران يحملان عليه. وقال الأحناف: إن الكل صور القبض، أو كناية عن القبض»[١].

قلت: لا يستبعد شذوذ الرواية التي تجمع بين لفظي (القبض والاستيفاء)، ولذلك لم يروها البخاري، وأكثر الروايات إما بلفظ: (حتى يستوفيه) أو لفظ (حتى يقبضه) دون الجمع بينهما، وكأن أحدهما رواية بالمعنى للأخرى، وسوف يأتي تخريج هذه الألفاظ إن شاء الله تعالى في باب التصرف في المبيع قبل قبضه، فانظرها هناك.

ولأن الطعام إذا تم استيفاؤه، ولم يبق فيه حق توفية، أصبح حكمه حكم الصبرة من الطعام، قبضه بتخليته، ويجوز بيعه، وإن لم ينقله على الصحيح.



(١) العرف الشذي (٣/ ٥٢).

المسألة الثانية
القبض في بيع الأثمان بعضها ببعض

[م - ١٩٣] لم يختلف الفقهاء في وجوب التقابض في مجلس العقد قبل التفرق في عقد الصرف، قال الحافظ في الفتح: «اشتراط القبض في الصرف متفق عليه»[١].

وقال ابن عبد البر: «وهذا أمر مجتمع عليه، لا خلاف فيه والحمد لله»[٢].

وقال ابن قدامة: «الصرف: بيع الأثمان بعضها ببعض، والقبض في المجلس شرط لصحته، بلا خلاف.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد، والأصل فيه قول النبي ﷺ: **الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء...**»[٣].

كما حكى الإجماع أيضًا ابن الهمام في فتح القدير[٤]، وابن تيمية[٥]، والنووي في شرح مسلم[٦].

واختلفوا في القبض في الصرف في مسألتين:

---

(١) الفتح (٤/ ٣٨٣).

(٢) التمهيد (٦/ ٢٨٦)، وانظر (٤/ ٨٣، ٨٤).

(٣) المغني (٤/ ٥٤).

(٤) قال ابن الهمام في فتح القدير (٧/ ٣٥): «ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق بإجماع الفقهاء».

(٥) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٧٠).

(٦) شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ١٤).

الأولى: حد القبض فيه.

والثانية: اشتراط الفورية.

[م - ١٩٤] أما اختلافهم في حد القبض في الصرف، فذهب عامتهم إلى أن القبض بالصرف هو القبض الحقيقي باليد[(١)].

قال ابن الهمام نقلًا من فوائد القدوري: «المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم، لا بالتخلية، يريد باليد»[(٢)].

ولأن قبض الأثمان يدخل في قبض ما يتناول باليد، وقبضه يكون بتناوله.

قال النووي: «ما يتناول باليد كالدراهم، والدنانير، والمنديل، والثوب، والإناء الخفيف، والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول، بلا خلاف»[(٣)]، يعني في المذهب.

وقال ابن مفلح: «وقبض ما ينقل بنقله، وما يتناول بتناوله»[(٤)].

وقيل: القبض في كل شيء بالتخلية، وهذا مطلقه يدخل فيه عقد الصرف.

وجاء في كتاب الإنصاف: «وعنه أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز»[(٥)]..

وقال ابن قدامة: «وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل»[(٦)].

---

(١) فتح القدير (٧/ ١٣٥).

(٢) المرجع السابق الصفحة نفسها، وانظر البحر الرائق (٦/ ٢١٠)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢١٧).

(٣) المجموع (٩/ ٣٣٤).

(٤) الفروع (٤/ ١٤٠)، وانظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣).

(٥) الإنصاف (٤/ ٤٧٠).

(٦) المغني (٤/ ٩٠).

وقال ابن رجب: «والتخلية قبض في المعينات على روايتين»(١). والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في المذهب الحنبلي، فيكون التعيين قبضًا لها في قول.

[م - ١٩٥] وأما اشتراط الفورية في القبض، فقد اختلف مالك مع الجمهور، فرأى مالك أن القبض في عقد الصرف يجب أن يكون فورًا، ولا يجوز التراخي فيه، ولو كان العاقدان في المجلس(٢).

وذهب الجمهور إلى جواز التراخي في القبض ما دام العاقدان في مجلس العقد(٣). وسيأتي بحث هذه المسألة، وذكر أدلتها في باب الربا والصرف إن شاء الله تعالى، بلغنا الله ذلك بحوله وقوته.



(١) القواعد لابن رجب (ص٧٤)
(٢) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٦٢)، التمهيد (٦/ ٢٨٩، ٢٩٠).
(٣) فيض القدير (٣/ ٥٧٠)، فتح الباري (٤/ ٣٧٨)، المغني (٤/ ٥٤).

المسألة الثالثة
في قبض المنقول مما ليس فيه حق توفية

المطلب الأول
في قبض الجزاف

[م - ١٩٦] اختلف العلماء في قبض ما بيع جزافًا.

فقيل: قبضه يكون بالتخلية مع التمييز، ولو لم يحصل تقدير، أو نقل، وهذا مذهب الحنفية[١]، وقول للمالكية[٢]، وقول عند الشافعية[٣]، وأحد القولين في مذهب الحنابلة[٤].

وقيل: قبض كل نوع منه بحسب العرف، وهذا مذهب المالكية[٥].

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٣٣٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤).

(٢) جاء في شرح الزرقاني للموطأ (٣/ ٣٦٨): «وفرق مالك في المشهور عنه بين الجزاف، فأجاز بيعه قبل قبضه؛ لأنه مرئي، فيكفي فيه التخلية، وبين المكيل والموزون، فلا بد من الاستيفاء».

وانظر عون المعبود (٩/ ٢٨٤)، نيل الأوطار (٥/ ٢٥٧).

(٣) قال الشافعي في الأم (٣/ ٨٠): «كما أعد قبض الجزاف قبضًا إذا خلى المشتري بينه وبينه، لا حائل دونه...».

(٤) جاء في المغني (٤/ ٩٠): «قد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى، أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضًا له كالعقار». وانظر الإنصاف (٤/ ٤٧٠).

(٥) جاء في مختصر خليل (ص١٦٢): «وقبض العقار بالتخلية، وغيره بالعرف».

قال الحطاب في مواهب الجليل شارحًا لهذه العبارة (٤/ ٤٧٧): «أي وقبض غير العقار مما ليس فيه حق توفية بالعرف، وأما ما فيه حق توفية فقد بين القبض فيه بماذا يكون».

وقيل: قبضه يكون بنقله وتحويله، أو تمشيته من مكانه، وهذا مذهب الشافعية(١)، وقول عند الحنابلة(٢).

☐ دليل من قال: قبض المنقول إذا لم يكن فيه حق توفيه بالتخلية:

(ح-٩٨) ما رواه البخاري من طريق سفيان، حدثنا عمرو، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويرده، ثم يتقدم، فيزجره عمر، ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: **بعنيه**. قال: هو لك يا رسول الله. قال: **بعنيه**، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: **هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت**(٣).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ لم يقبض البعير بنقله، ولا بوضع يده عليه، وإنما حصل القبض بالتخلية بينه وبينه مع تميزه، وتعينه، وهذا كاف في القبض، ولذلك تصرف فيه الرسول ﷺ في البعير بالهبة، وهي نوع من التصرف(٤).

---

(١) جاء في طرح التثريب (٦/ ١١٢): «والقبض في المنقولات يكون بالنقل، والمراد بالنقل تحويله إلى مكان لا يختص بالبائع، أو يختص بالبائع بإذنه...».
وانظر أسنى المطالب (٢/ ٨٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٦٣).
وجاء في روضة الطالبين (٣/ ٥١٥): «إن كان المبيع من المنقولات، فالمذهب المشهور أنه لا يكفي فيه التخلية، بل يشترط النقل والتحريك».
وانظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٨٤).

(٢) جاء في المغني (٤/ ٩٠): «وإن بيع جزافًا، فقبضه نقله...».
وانظر الإنصاف (٤/ ٤٧٠)، الفروع (٤/ ١٤٠).

(٣) البخاري (٢١٦٦).

(٤) انظر تهذيب السنن (٥/ ١٣٦).

وقد يجاب:

بأن الحديث دليل على جواز هبة الشيء قبل قبضه، وليس فيه دليل على أن القبض قد حصل في هذه القصة بالتخلية، وإنما صح هبة المبيع قبل قبضه؛ لأن الهبة ليست من عقود المعاوضات، وإنما هي من عقود الإحسان، فلا يكون التصرف فيها عرضة لربح ما لم يضمن، فيجوز فيها ما لا يجوز في البيع، ألا ترى أن بيع المجهول لا يجوز، ويجوز هبته على الصحيح.

الدليل الثاني:

(ح-٩٩) ما رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ، وهو يريد أن يدخل بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تتفرقا، وبينكما شيء**(١).

[اختلف في رفعه ووقفه، ورجح شعبة، والدارقطني وقفه](٢).

وجه الاستدلال:

دل الحديث على جواز بيع الثمن الذي في الذمة، وهو تصرف فيه قبل قبضه قبضًا حقيقيًا، وهو أحد العوضين.

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).

(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر حديث (١١٢).

ويجاب:

بأن القبض هنا قد تم بين المتعاقدين، فما في الذمة فهو مقبوض حقيقة؛ لأن القبض هو الحيازة، وما في ذمة القابض، فقد حازه، ولذلك لو باع هذا الثمن قبل القبض، لغير من هو عليه لم يجز، وأما بدله فقد اشترط الحديث أن يتم قبضه في المجلس بسعر اليوم، ولا يبقى في الذمة، فيكون التقابض قد حصل فعلًا، بدليل أنهما يفترقان، وليس بينهما شيء غير مقبوض، وقد برئت ذمة كل واحد منهما، ولم يبق لأحدهما ما يطالب به الآخر، وهذه حقيقة القبض.

الدليل الثالث:

(ح - ١٠٠) ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ اشترى من جابر جمله، ونقده ثمنه، ثم وهبه إياه(١).

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ تصرف فيه، ولم يرد أنه نقله، ولا مشاه، فكان تخليته كافية في قبضه، والتصرف فيه.

ويجاب:

بأن النبي ﷺ لم يرد حقيقة البيع، وإنما قصد من صورة البيع التوصل إلى نفع جابر رضي الله عنه، ولهذا قال النبي ﷺ في رواية كما في صحيح مسلم: (أتراني ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك، ودراهمك، فهو لك)، وعلى فرض أن يكون قصد حقيقة البيع، فهو لم يتصرف فيه بالبيع، وإنما تصرف فيه بالهبة، والهبة ليست من عقود المعاوضات، وعلى التنزل فليس في الحديث أن

---

(١) البخاري (٢٧١٨)، ومسلم (٧١٥).

الرسول ﷺ لم يقبضه، بل إن في بعض روايات صحيح البخاري ما يفهم منه أن القبض قد حصل فعلًا، وليس مجرد التخلية، فجاء في البخاري: (عقلت الجمل في ناحية البلاط، فقلت: هذا جملك، فخرج، فجعل يطيف بالجمل، قال: الثمن، والجمل لك).

وفي رواية في البخاري: (انطلقت حتى وليت، فقال: ادع لي جابرًا، فقلت: الآن يرد علي الجمل، ولم يكن شيء أبغض إلي منه، قال: خذ جملك، ولك ثمنه). ففي هذه الرواية ظاهر أن جابر قد قام بإقباض الجمل، ثم ولى، فدعاه، فقال جابر لنفسه: الآن يرد علي الجمل، فقال: خذ جملك، فظاهر هذه الرواية أن القبض الحقيقي قد تم، وليس فيه أن جابرًا قد أخلى البعير للنبي ﷺ.

الدليل الرابع:

أن ما اشتري جزافًا استيفاؤه بتمام العقد فيه؛ لأنه ليس فيه توفية أكثر من ذلك، والنبي ﷺ قال: **حتى تستوفيه**، والاستيفاء يحصل بالتخلية، ولذلك جاز بيعه قبل قبضه على الصحيح كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى[(١)].

☐ دليل من قال: قبض المنقول يكون بنقله:

الدليل الأول:

(ح-١٠١) ما رواه البخاري من طريق يونس، عن ابن شهاب، قال: أخبرني سالم بن عبد الله أن ابن عمر رضي الله عنهما قال: **لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا - يعني الطعام - يضربون أن يبيعوه في مكانهم، حتى يؤووه إلى رحالهم**[(٢)].

---

(١) انظر المنتقى للباجي (٤/ ٢٨٣).

(٢) صحيح البخاري (٢١٣٧)، ورواه مسلم (١٥٢٧).

(ح-١٠٢) وفي رواية لمسلم من طريق ابن نمير، حدثنا عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**، قال: وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافًا، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه، حتى ننقله من مكانه(١).

الدليل الثاني:

(ح-١٠٣) ما رواه أبو داود، قال: حدثنا محمد بن عوف الطائي، حدثنا أحمد بن خالد الوهبي، حدثنا محمد بن إسحاق، عن أبي الزناد، عن عبيد ابن حنين، عن ابن عمر قال: **ابتعت زيتًا في السوق، فلما استوجبته لنفسي، لقيني رجل فأعطاني به ربحًا حسنًا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت، فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته، حتى تحوزه إلى رحلك؛ فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم**(٢).

[انفرد الوهبي بلفظ (السلع) من قوله: نهى أن تباع السلع، ورواه غيره بلفظ: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، وسيأتي تخريجه في مسألة التصرف في المبيع قبل قبضه](٣).

☐ دليل من قال: قبض المنقول يكون بحسب العرف:

أن القبض ورد في الشرع مطلقًا من غير تحديد، وكل ما لا حد له في اللغة، ولا في الشريعة يجب الرجوع في حده إلى العرف، والعادة(٤).

---

(١) مسلم (١٥٢٦).

(٢) سنن أبي داود (٣٤٩٩).

(٣) انظر تخريجه في (ح ١٠٦).

(٤) انظر المغني (١/ ١٨٩) و (٤/ ٤، ٣٥)، المجموع (٩/ ١٩١).

وقال ابن تيمية: «الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع، كالصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، وتارة باللغة، كالشمس، والقمر، والبر، والبحر، وتارة بالعرف، كالقبض، والتفريق»[(١)].

❑ الراجح:

أرى أن أرجح الأقوال هو مذهب المالكية، وأن المرجع في ذلك إلى العرف، وأعتقد أن المذاهب الأخرى ليست بعيدة عن مذهب المالكية؛ لأن من قال: قبض المنقول بالتخلية إنما حكى عرفهم في ذلك الزمن، وكذا من قال: بالنقل والتحويل كالشافعية والحنابلة.

يقول النووي في المجموع: «الرجوع في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: العقار، والثمر على الشجر فقبضه بالتخلية،

والثاني: ما ينقل في العادة، كالأخشاب، والحبوب، والحيتان، ونحوها، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به...

والثالث: ما يتناول باليد، كالدراهم، والدنانير، والمنديل، والثوب... فقبضه بالتناول بلا خلاف...» الخ[(٢)].

فجعل هذا التقسيم، واختلاف القبض فيه مرده إلى العرف، والله أعلم.



(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٤٨).

(٢) المجموع (٩/ ٣٣٣).

المطلب الثاني
في قبض المشاع

القسم الأول
في قبض المشاع من غير الأسهم

[م - ١٩٧] اتفق العلماء على جواز بيع الحصة الشائعة، سواء كانت تقبل القسمة، أولا تقبل القسمة. قال ابن نجيم: «بيع الشائع جائز اتفاقًا»(١).

وقال ابن تيمية: «يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين، كما مضت بذلك سنة رسول الله ﷺ، مثل قوله الذي في صحيح مسلم: (أيما رجل كان له شرك في أرض، أو ربعة، أو حائط، فلا يحل له أن يبيعه، حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع قبل أن يؤذنه فهو أحق بالثمن»(٢)(٣).

وقال النووي: «يجوز بيع المشاع كنصف من عبد، أو بهيمة، أو ثوب، أو خشبة، أو أرض، أو شجرة، أو غير ذلك بلا خلاف، سوء كان مما ينقسم، أم لا . . .»(٤).

وإنما اختلفوا في غير البيع، كإجارة الحصة الشائعة من غير الشريك، وهبة ما يقبل القسمة، وفي رهن المشاع ونحوها، وليس هذا مجال بحثها(٥).

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٣١٥).

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٨).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٣٣).

(٤) المجموع (٩/ ٣٠٨).

(٥) انظر البحر الرائق (٧/ ٢٨٦)، مواهب الجليل (٦/ ١٨)، فتح الباري (٥/ ٣٨٦)، الذخيرة (٦/ ٢٤٠)، (٥/ ٤١١، ٤١٢) و (٨/ ٨٠)، أعلام الموقعين (٢/ ٢٨)، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص٢٣٣)، نيل الأوطار (٦/ ١٣٣).

[م - ١٩٨] وإذا اتفق العلماء على جواز بيع الحصة الشائعة، فكيف يكون القبض في الحصة الشائعة.

قيل: يكون ذلك بتخلية الكل، وهذا مذهب الحنفية.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «يجوز بيع المشاع، وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم، وشرطه: هو القبض، والشيوع لا يمنع القبض؛ لأنه يحصل قابضًا للنصف المشاع بتخلية الكل...»(١).

وفي الفتاوى الهندية: «تسليم الجزء الشائع متصور بتسليم الكل»(٢).

وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام «سؤال، يجوز في الوصية، والبيع الصحيح، والقرض، والبيع الفاسد، والسلم، والصرف، قبض الشائع، أما في الهبة فلا يجوز، فما الفرق في ذلك؟

جواب: بما أنه لا يشترط في الوصية، والبيع الصحيح القبض، فلا يضر فيهما الشيوع، كما أنه وإن شرط القبض في البيع الفاسد، والسلم، والقرض، والصرف، فبما أنه ليس منصوصًا عليه، فلا تقتضي مراعاة كماله»(٣).

وقيل: قبض المشتري للمشاع كقبض البائع لحصته مع شريكه، يكون بوضع اليد عليه من غير فرق بين ما لا ينقل، كالدار، والأرض، وبين ما ينقل كالثوب والعبد، وهذا مذهب المالكية(٤).

وقيل: قبض المشاع إن كان مما لا ينقل فهو بالتخلية، وإن كان مما ينقل كان

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٢٠).

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ٢٣٦) وانظر أيضًا (٦/ ٢٩٠).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٤٤١).

(٤) المنتقى للباجي (٥/ ٢٤٩)، شرح ميارة (١/ ١١٦، ١١٧) و (٢/ ١٤٦).

قبضه بنقله، أو تناوله وذلك بتسليم الجميع، وإن كان له شريك، لم يجز ذلك إلا بإذنه. وهذا مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

قال النووي: «قبض الجزء المشاع من دابة، وثوب، وغير ذلك إنما يحصل بتسليم الجميع، ويكون ما عدا المبيع أمانة في يده، فلو طلب المشتري القسمة قبل القبض، قال صاحب التتمة: يجاب إليها؛ لأنا إن قلنا: القسمة إفراز فظاهر، وإن قلنا: بيع، فالرضا غير معتبر فيه، فإن الشريك يجبر عليه، وإذا لم نعتبر الرضا جاز ألا نعتبر القبض كالشفعة»[٣].

وجاء في نهاية الزين: «وقبض جزء شائع حاصل بقبض الجميع، لكن إن كان له شريك لم يجز نقل المنقول إلا بإذنه، بخلاف التخلية، لا تتوقف على إذن الشريك، والزائد على الجزء أمانة بيد القابض، إن أذن مالكه في قبضه، ويضمن البائع في هذه الصورة بالتعدي بتسليم المشاع، لا بالتخلية»[٤].

وقال في المغني: «والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه، ولا حائل دونه، وفيما ينقل بالنقل، وفي المشاع بتسليم الكل إليه، فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب: وكيل الشريك في قبضه لك، ونقله، فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما، فينقله ليحصل القبض»[٥].

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٢٤)، حواشي الشرواني (٤/ ٤١٦)، قال في أسنى المطالب (٢/ ٨٩): قبض الجزء الشائع بقبض الجميع؛ لأنه المقدور عليه، لكن إن كان له شريك لم يجز ذلك إلا بإذنه، والزائد أمانة في يده». وانظر شرح المنهج (٣/ ١٧١)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٨).

(٢) المبدع (٥/ ٣٦٦)، الإنصاف (٤/ ٤٧٠، ٤٧١).

(٣) المجموع (٩/ ٣٤٠)، روضة الطالبين (٣/ ٥٢٤).

(٤) نهاية الزين (ص٢٣٦).

(٥) المغني (٥/ ٣٨).

وقال ابن حزم: «وصفة القبض في الرهن وغيره -: هو أن يطلق يده عليه، فما كان مما ينقل نقله إلى نفسه، وما كان مما لا ينقل كالدور، والأرضين أطلقت يده على ضبطه، كما يفعل في البيع، وما كان مشاعًا كان قبضه له كقبض صاحبه لحصته منه مع شريكه، ولا فرق، ولو كان القبض لا يصح في المشاع لكان الشريكان فيه غير قابضين له، ولو كانا غير قابضين له لكان مهملًا، لا يد لأحد عليه، وهذا أمر يكذبه الدين، والعيان، أما الدين فتصرفهما فيه تصرف ذي الملك في ملكه، وأما العيان، فكونه عند كل واحد منهما مدة يتفقان فيها، أو عند من يتفق على كونه عنده»(١).

❑ **الخلاصة:**

أن قبض المشاع كقبض غيره، فإن كان مما لا ينقل كان التخلية قبضًا له، وإن كان مما ينقل، فقبضه بحسب العرف والعادة، كما يعتبر نقله قبضًا له، ولكن إن كان له شريك فيه فلا يقبضه إلا بإذن شريكه، والله أعلم.



(١) المحلى (٦/ ٣٦٥) مسألة: ١٢١٢ .

القسم الثاني
في قبض المشاع
من الأسهم والوحدات الاستثمارية

[ن-٦] يذهب عامة العلماء المعاصرين في توصيف السهم بأنه يمثل حصة شائعة في الشركة وموجودتها.

وإذا كان الشرط في البيع أن يكون مقدورًا على تسليمه، والشرط في الرهن أن يقبض المرتهن المال المرهون، ويحوزه حيازة دائمة، فهنا يقال: إن الحصة المالية الشائعة في صافي أصول الشركة، أو المشروع مقدور على تسليمها بتسليم الصك نفسه. وقد قرر المالكية أن قبض وثيقة الدين تقوم مقام قبض الدين نفسه، في صحة عقد الرهن، وتمامه، مع أن القبض شرط في تمام الرهن، بنص القرآن الكريم، في قوله: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣][(١)].

فالقبض معنى عام يكون في كل شيء بحسبه، وقد أجاز الفقهاء التصرف في الحصة الشائعة، ولم يشترطوا الإفراز في صحة البيع، كما أجاز عامة الفقهاء المعاصرين التصرف في أسهم الشركات المساهمة، ولا شك أن السهم يمثل حصة شائعة في صافي موجودات الشركة، التي تتكون من أعيان، وحقوق، ومنافع، ونقود، وديون في ذمة الغير، وقرروا أن للمجموع حكما يختلف عن حكم كل فرد من أفراده، وجعلوا الحكم للغالب.

---

(١) انظر: المدونة (٥/ ٣٤٠)، أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٤٤)، مواهب الجليل (٥/ ٤)، الشرح الكبير (٣/ ٢٣١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١)، الفواكه الدواني (٢/ ١٦٦)، القوانين الفقهية (ص٢١٢)، الكافي لابن عبد البر (ص٤١٦)، الذخيرة (٨/ ٧٩)، الخرشي (٥/ ٢٣٦).

وإذا تم بيع السهم، فإن حيازة الصك، وقبضه، يعد حيازة للحصة الشائعة نفسها، كحكم من أحكام العقد، وأثر من الآثار المترتبة عليه، فيعد حامل السهم حائزًا للحصة الشائعة التي يمثلها، وجميع الآثار المترتبة على القبض الشرعي تتحقق بحيازة الصك، فيستطيع التصرف في هذه الأسهم بلا قيود، بيعًا وشراء، ورهنًا ونحو ذلك، ويبرأ البائع من هذه الأسهم براءة تامة، فلا يحق للمشتري الرجوع عليه، وتثبت يده الحكمية على هذه الأسهم بحيازة الصك.

ومن المعلوم أن قبض الأسهم في العصر الحاضر يتم عبر القيد المصرفي في المحافظ الاستثمارية(١)، وهذا القيد كاف في تحقق القبض الشرعي للأسهم؛ وذلك لأن القيد المصرفي لحساب المشتري يمكنه من التصرف فيه بالبيع، والرهن، ونحو ذلك،، وهذا الرأي هو قول عامة العلماء المعاصرين، وممن ذهب إلى هذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء(٢)، ومجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ما نصه:

«أولًا: قبض الأموال كما يكون حسيًا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل، أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارًا وحكمًا

---

(١) عرف القيد المصرفي بعض الباحثين: بأنه إجراء كتابي يقوم به المصرف (البنك) في سجلاته، يثبت به استحقاق شخص معين لمبلغ محدد من المال في ذمة المصرف.

انظر القبض وأحكامه - للشيخ عبد الله الربعي (١/ ١٠٢) رسالة دكتوراة لم تطبع بعد.

(٢) فتاوى اللجنة الدائمة (١٣/ ٥٠٣)، وانظر الخدمات الاستثمارية في المصارف يوسف الشبيلي (٢/ ٣٩)، أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة للشيخ حسان السيف (ص١١٩).

بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسًا. وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضًا لها.

ثانيًا: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعًا، وعرفًا.

١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة، أو بحوالة مصرفية.

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حالة شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل...»[١].

إذا عرفنا هذا في ما يتعلق بقبض السهم، فإن الحكم فيه لا يختلف عن قبض شهادة الاستثمار (الصك)، باعتبار أن شهادة الوحدة الاستثمارية هي عبارة عن صكوك تمثل حق ملكية لصاحبها في حصة مشاعة من إجمالي المبالغ المستثمرة لدى البنك، فشهادة الوحدة الاستثمارية تشبه إلى حد كبير جدًا شهادات الأسهم، فكلاهما يمثل حصة مشاعة في الوعاء الاستثماري المقسم إلى وحدات استثمارية أو أسهم[٢].

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ٧٧١).

(٢) والفروق بين الأسهم وبين شهادات الاستثمار هي فروق فنية، منها:
لا يملك المستثمر في الوحدات الاستثمارية الحق في المشاركة في اتخاذ القرار، أو انتخاب أعضاء مجلس إدارة الصندوق، أو المحفظة، بخلاف المساهم في الشركات المساهمة.
ومن الفروق: أن الجهة المخولة بإصدار الأسهم: هي الشركات المساهمة، بينما الوحدات الاستثمارية يتولى إصدارها البنوك والمصارف من خلال صناديق الاستثمار، والحسابات الاستثمارية والادخارية في المصارف.
انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف للدكتور الشبيلي (١/ ١٤٠).

وإذا كانت الأسهم والشهادات الاستثمارية تمثل عروضًا وحقوقًا ومنافع ونقودًا، فإن حيازة الصك كاف في حيازة ما يمثله إن شاء الله تعالى، ولكن السؤال فيما لو كانت الأسهم والشهادات الاستثمارية لا تمثل إلا نقودًا فقط، فهل حيازة الصك والحالة هذه يعتبر قبضًا لما تمثله من النقود، وأن هذا القبض الحكمي كاف في حصول التقابض الشرعي المشروط لصحة هذه المعاملة، أو لابد من مراعاة أحكام الصرف من وجوب القبض الحقيقي باليد، وليس القبض الحكمي؟ هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء المعاصرون، وسوف نناقشها إن شاء الله تعالى في كتاب الربا والصرف نسأل الله تعالى أن يبلغنا ذلك بحوله وقوته.



المطلب الثالث
القبض عن طريق القيد المصرفي

[ن- ٧] إذا قام الرجل ودفع للمصرف مبلغًا من النقود بالريال السعودي، على أن يقيده لحسابه الخاص بالدولار، ويعطيه إيصالًا بذلك، دون أن يقبض الدولارات قبضًا حقيقيًا، فهل يعتبر هذا القيد المصرفي كاف في حصول القبض، وهل يغني هذا القبض الحكمي عن القبض الحقيقي؟

في ذلك خلاف بين أهل الفقهاء المعاصرين:

فقيل: القيد المصرفي يقوم مقام القبض الحقيقي، وبه أخذ أكثرية المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي(١)، ومجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي(٢)، وعليه أكثر الباحثين في هذا العصر(٣).

وقيل: الواجب القبض الحقيقي، ولا يكفي القيد المصرفي في حصول

---

(١) انظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الحادية عشرة، القرار رقم (٧) ص: ٤١ .

(٢) مجملة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص: ٧٧١، ٧٧٢).

(٣) انظر القبض تعريفه، أقسامه، صوره وأحكامها - سعود الثبيتي (ص٦٢)، القبض الحقيقي والحكمي - نزيه حماد، مطبوع ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ٧٣٣)، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية - سامي حسن حمود (ص٣١٣)، التخريج الفقهي للقيد المصرفي. عبد الله الربعي (ص٥)، القبض وأحكامه لنفس المؤلف (١/ ١٠٣)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (٥، ٢، ٢٦)، ومجلة البحوث الإسلامية، العدد (٨).

وقال الشيخ يوسف الشبيلي في كتابه (الخدمات الاستثمارية في المصارف) (٢/ ٣٩): «قبض الشهادة الاستثمارية في قوة قبض الشيك المصدق، والقبض بالقيد المصرفي، وتكاد تتفق كلمة العلماء المعاصرين على أن القبض بهذين يعد قبضًا كافيًا في الصرف».

القبض الواجب شرعًا، وهذا رأي شيخنا محمد بن عثيمين رحمه الله[١].

وسوف نذكر أدلة هذه المسألة إن شاء الله تعالى في باب الصرف من كتاب الربا، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.



(١) القبض وأحكامه - عبد الله الربعي (١/ ١٠٣)، وانظر مغني المحتاج (٢/ ٢٢).

المطلب الرابع
استلام الشيك هل يقوم مقام القبض لمحتواه

❑ تعريف الشيك:

الشيك: عبارة عن ورقة تحرر وفقًا لشكل معين، تتضمن أمرًا صادرًا من شخص يسمى (الساحب) إلى شخص آخر يسمى (المسحوب عليه) بدفع مبلغ معين إلى شخص ثالث يسمى (المستفيد)[(١)].

وسيأتي مزيد من البحث عن الشيك في كتاب المعاملات المصرفية، بلغنا الله ذلك بحوله وقوته.

[ن- ٨] والبحث هنا يتعلق بقبض الشيك، هل يعتبر تسلم الشيك قبضًا لمحتواه، خاصة فيما يعتبر القبض شرطًا لبقائه على الصحة، كبيع الذهب بالعملة الورقية، أو بيع العملات الورقية بعضها ببعض، فإذا أعطى أحدهما شيكًا بقيمة الذهب أو الفضة، أو بقيمة العملة الورقية، فهل يعتبر قبض الشيك قبضًا لمحتواه، بحيث يتحقق القبض الشرعي لصحة المعاملة، أو لا؟

اختلف العلماء على النحو التالي:

فقيل: يعتبر تسلم الشيك قبضًا لمحتواه مطلقًا، وعلى هذا الرأي كثير من الباحثين المعاصرين[(٢)].

---

(١) انظر الأوراق التجارية في النظام السعودي - عبد الله محمد العمران (ص٣٠).

(٢) يقول الشيخ سعود الثبيتي في رسالته (القبض تعريفه، أقسامه، صوره، وأحكامها (ص٥٨): «وقد ذهب كثير من الباحثين المعاصرين إلى أنه يكفي قبض الشيك عن قبض محتواه، منهم الشيخ ستر الجعيد، والدكتور سامي حمود. . .».

ويقول الشيخ سعد الخثلان في كتابه أحكام الأوراق التجارية (ص٢٨٨): «حاصل ما =

وقيل: لا يعتبر تسلم الشيك قبضًا لمحتواه مطلقًا.

وهذا القول منسوب لشيخنا ابن عثيمين يَخْلَلهُ(١)، واختاره بعض الباحثين(٢).

وقيل: التفريق بين الشيك المصدق وبين غيره، فتسلم الشيك المصدق يعتبر قبضًا لمحتواه، بخلاف الشيك غير المصدق، وبه قال مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي(٣)، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء

= قيل في ذلك يرجع إلى ثلاثة أراء - يعني في مسألة هل قبض الشيك قبض لمحتواه - الرأي الأول: أن تسلم الشيك وما في معناه يعتبر قبضًا لمحتواه... وعلى هذا الرأي أكثر الباحثين».
ويقول الشيخ ابن منيع كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ٦٨٩): «وقد بحث مسألة قبض الشيك قبض لمحتواه مجموعة من علماء الشريعة والاقتصاد، منهم الدكتور علي السالوس، والدكتور سامي حمود، والأستاذ ستر الجعيد وغيرهم، وكلهم اتفقوا على أن قبض الشيك قبض لمحتواه، وقد صدرت فتوى من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بذلك».
والحق أن فتوى اللجنة تشترط أن يكون الشيك مصدقًا، وسأنقل هذه الفتوى لاحقًا.
وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص: ٦٥٨) وما بعدها، الأوراق النقدية والتجارية - الشيخ ستر الجعيد (ص٣٣٣)، قبض الشيكات في استبدال النقود والعملات - دراسة مقارنة - عبد الوهاب حواس (ص٤٢).

(١) القبض وأحكامه في الفقه الإسلامي - عبد الله الربعي (١/ ٨٩) رسالة دكتوراه لم تطبع، وقد نقل ذلك من مجموعة أسئلة في بيع وشراء الذهب (ص١٤)، ومن حوار خاص مع فضيلته مسجل لدى الباحث بتاريخ ٩/ ١١/ ١٤١٥هـ، والموجود في أسئلة بيع وشراء الذهب خلاف ما نقل الأستاذ عبد الله الربعي، فأخشى أنها لا تصح نسبة هذا القول لشيخنا، وسوف أنقل كلامه بنصه.

(٢) قبض الشيكات في استبدال النقود والعملات - عبد الوهاب حواس (ص٤٤)، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي (ص٢٩٠).

(٣) قرار رقم (٥٥/ ٤/ ٦) بشأن القبض، صوره، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، =

بالسعودية[١]، واختاره شيخنا ابن عثيمين[٢].

هذه هي الأقوال في المسألة، وقد ذكرنا حجة كل قول في كتاب الصرف، تحت عنوان: هل ينوب استلام الشيك عن قبض بدل الصرف، فانظره هناك، وترجح لي أن الشيك إن كان مصدقًا، فهو لا شك أنه سالم من العيوب والمخاطر التي يتعرض لها الشيك غير المصدق، إذ يعتبر التصديق للشيك حجز لمحتوى الشيك لصالح المستفيد، فإذا استلم الشيك كان ذلك بمنزلة القبض لما يحتويه، فلا يستطيع الساحب التصرف فيه، ولا الرجوع فيه إلا بموافقة المستفيد.

= وفيه: «... إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعًا وعرفًا... تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه، وحجزه للمصرف».

(١) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد الدرويش (١٣/ ٤٩٤)، وفي الفتوى: «... قبض البائع للشيك في حكم قبضه للثمن إذا كان الشيك مصدقًا».

(٢) جاء في مجموعة أسئلة في بيع وشراء الذهب، السؤال الخامس عشر، وهو موجود في كتاب: من فقه وفتاوى البيوع، جمع أشرف بن عبد المقصود (ص٣٩١): «سئل فضيلة الشيخ محمد الصالح العثيمين حفظه الله: ما حكم التعامل بالشيكات في بيع الذهب إذا كانت مستحقة السداد وقت البيع، حيث إن بعض أصحاب الذهب يتعامل بالشيكات خشية على نفسه، ودراهمه أن تسرق منه؟

فأجاب: لا يجوز التعامل بالشيكات في بيع الذهب أو الفضة، وذلك لأن الشيكات ليست قبضًا، وإنما هي وثيقة حوالة فقط...... إلا إذا كان الشيك مصدقًا من قبل البنك، واتصل البائع بالبنك، وقال: ابق الدراهم عندك وديعة لي، فهذا قد يرخص فيه، والله أعلم».

قلت: الشيك المصدق لا يتطلب اتصالًا بالبنك ليبقى في حساب المستفيد، فهو محجوز له من حين التصديق، والقول: ابق الدراهم وديعة لي، ليس دقيقًا، بل هي تبقى قرضًا وليست وديعة، لأن البنك يتصرف فيها، ويرد بدلها، وربما قال شيخنا ذلك مجارة للمصطلح الشائع.

أما إذا كان الشيك غير مصدق، فهل يعتبر قبضه قبضًا لمحتواه؟

الذي أميل إليه هو ما اختاره الشيخ سعد الخثلان:

أن الشيك إذا قرب من الشيك المصدق، بحيث يكون في دولة تتوفر فيها حماية كبيرة جدًا له من الناحية التشريعة، والتنفيذية بحيث لا يجرؤ أحد على كتابة شيك بدون رصيد، فإن الشيك وإن لم يكن مصدقًا فإنه بمنزلة القبض لما يحتويه، أما إذا لم يتوفر للشيك الحماية المطلوبة فإنه لا يكون في معنى القبض لما يحتويه، ولا تكفي الحماية من الناحية التشريعية، بل لا بد أن تكون الجهات التنفيذية فيها من الإجراءات الصارمة والحازمة والرادعة ما تعزز ثقة الناس في الشيك، فعلى سبيل المثال بلغت قيمة الشكاوى المقدمة للغرفة التجارية بالرياض للشيكات بدون رصيد فقط عام ١٤١٧ هـ أكثر من مليار، و٢٠٠ مليون ريال[(١)]، ورغم ضخامة هذا العدد إلا أنه نادرًا ما تسمع بتنفيذ عقوبة في حق مصدر شيك بدون رصيد، ولهذا الوضع لا نستطيع أن نقول: إن استلام الشيك غير المصدق يعتبر قبضًا لما يحتويه خاصة في بلادنا وقت تحرير البحث، والله أعلم[(٢)].



(١) جريدة الرياض، العدد (١٠٧٠٦)، ١٥/ ٦/ ١٤١٨هـ وجريدة عكاظ، العدد (١١٤٣٦) ٨/ ١٤١٨هـ نقلًا من كتاب أحكام الأوراق التجارية للخثلان (ص٢٩٧).

(٢) انظر أحكام الأوراق التجارية للشيخ سعد الخثلان (ص٢٩٦).

المطلب الخامس
في قبض الشيكات السياحية

عرفنا في البحث السابق حكم قبض الشيك، فهل ما توصلنا إليه من نتائج ينطبق على الشيك السياحي، أو أن الشيك السياحي يختلف في حكمه عن الشيك المعتاد، ويتبين لنا ذلك من خلال تعريف الشيك السياحي.

الشيك السياحي: عبارة عن كتاب اعتماد، وهذا النوع من الشيكات تبيعه معظم المصارف للأشخاص الذين لا يرغبون حمل نقود، أو أوراق مالية قابلة للتداول أثناء سفرهم من مكان إلى آخر، وهذا الشيك يوقعه صاحبه مرة عندما يشتريه من المصرف، ومرة أخرى عندما يريد أن يدفع به أو يسدد به مبلغًا من المال، وذلك بحضور الشخص الذي يدفع إليه، وبهذه الطريقة لا يمكن أن يستفيد أحد من الشيك إلا صاحبه[(١)].

«يختلف الشيك السياحي عن الشيك العادي في أنه شيك مسحوب على بنك معين، من قبل بنك، أو شركة، وبمبلغ معين.

وحامل الشيك: هو شخص يرغب في السفر والتنقل بين بلدان متعددة، ولا يريد أن يحمل نقودًا معه، كما لا يريد أن يزور المصارف ليضيع وقته في انتظار حوالات، أو قبض شيكات.

فالشيك السياحي يتم شراؤه من البنك، أو أحيانًا من الصراف، ويدفع قيمته مع عمولة إضافية قد تصل إلى واحد بالمائة من القيمة، وعليه أن يوقع الشيك في زاوية محددة عند الشراء أمام الموظف المسئول، وعندما يريد استعمال الشيك

---

(١) معجم المصطلاحات الاقتصادية والإسلامية - علي جمعة (ص٣٤٥).

يكتب اسم المستفيد، ثم يوقع مرة ثانية في زاوية ثانية، أو يكتفي بالتوقيع، ويترك مكان اسم المستفيد على بياض (عند القبض من البنك يتم التوقيع أمام الموظف المسؤول) وعلى المستفيد أن يتوثق من مطابقة التوقيعين، وأخذ اسم الدافع، وعنوانه، ورقم جواز سفره، وعندما يكون لديه أي شك يمكنه أن يرفض الشيك السياحي»(١).

ويذكر الأستاذ علي جمال الدين عوض أن أول نشأته كانت عام ١٨٩١م بسبب رحلة قام بها رئيس شركة أمريكان إكسبرس للسياحة إلى أوروبا، فصادفته فيها متاعب راجعة إلى كيفية حصوله على مال يقوم بشئون حياته في هذه الرحلة، فابتكر نظام الشيكات السياحية حتى ذاع استعمالها، فأصبحت البنوك تصدر شيكات سياحية قابلة للصرف لدى جميع البنوك الأخرى، ويذكر الأستاذ على جمال الدين عوض أن الصورة الغالبة للشيك: هو أن يصدر الشيك بفئات نقدية معينة، وعلى الصك مكان يوقع فيه العميل عند استلام الشيك، ومكان آخر يوقع فيه عند قبض قيمته أمام البنك الذي يدفع هذه القيمة، ليتحقق من تطابق التوقيعين، ومن أن الذي يستوفي القيمة هو ذات المستفيد الذي تسلم الشيك ممن أصدره، وتنفيذه بطريق المقاصة. ويذكر الأستاذ علي عوض: أن كثيرًا من الشراح يستبعد الشيك السياحي من تعريف الشيك إذا تخلف بيان من البيانات اللازمة للشيك. وهو أمر غالب، حيث لا يتضمن تاريخ السحب، ومكان الإصدار، واسم المسحوب عليه، كما ينكر عليه وصف السند الإذني، أو السند لحامله كما يعرفه القانون التجاري، إذ هو لا يتضمن تعهد البنك بالدفع حتى ولو تضمن أمرًا للمسحوب عليه؛ لأن تعهد الساحب ضمنًا بالوفاء عند

(١) العمليات البنكية -جعفر الجزار (ص٥٥، ٥٦).

تخلف المسحوب عليه لا يكفي لاعتبار الورقة سندًا تجاريًا صرفيًا، كما أن وظيفة الشيك السياحي تختلف عن وظيفة السند الإذني، أو السند للحامل؛ لأن الشيك السياحي يستهدف مجرد نقل النقود، ولا يستخدم أداة للأثمان، وهي الوظيفة الأساسية للسندات التجارية، ومن هنا ندرك أن الشيك السياحي ورقة ابتكرها العرف، وأقر حكمها بعيدًا عن الأحكام التي وضعها التشريع للأوراق التي قد تشتبه بها. اهـ[1].

[ن- ٩] إذا عرفنا حقيقة الشيك السياحي، فهل قبضه يعتبر قبضًا لمحتواه، لم أجد من بحث هذا الموضوع بحثًا شافيًا، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى حداثة تاريخ الشيك السياحي مقارنة بالشيك العادي، وقد أ شار إليه بعض الباحثين أنقل كلامه بحروفه، يقول وفقه الله:

«قبض الشيكات السياحية:

إذا اعتبرنا قبض الشيك قبضًا لمحتواه فما حكم قبض الشيك السياحي، هل هو مثل قبض الشيك، أو أنه يغايره؟

نقل النقود من مكان إلى آخر قد يعرضها خطر السرقة، والغصب، أو الضياع، وهذه المشكلات حلت بعد استحداث (الشيك السياحي) وظهرت له مميزات يستحيل تحقيقها عن طريق استخدام طرق الوفاء القديمة.

ولكن عند الكلام على قبضها، وهل هو قبض لمحتواها أو لا؟

لابد من بيان الوصف الفقهي لها.

وإجابة عليه لا بد من معرفة أن نظام الشيك السياحي حديث نسبيًا، ولذلك

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص ٦٧٨).

اختلف في تكييفه، هل هو شبيه بالشيك المتعارف عليه؟ أو هو سند لآمر؟ أو هو من الأوراق المالية؟ -أوراق البنكنوت - فمن ألحقها بالشيك عد قبضها تخلية، ومن ألحقها بالأوراق النقدية تم القبض الحقيقي عنده.

وذهب إلى القول بإعطائها أحكام الأوراق النقدية بعض الباحثين المعاصرين»[(١)].



(١) القبض تعريفه، أقسامه، صوره، وأحكامها للشيخ سعود الثبيتي (ص٦٠) نقلًا من الأوراق التجارية للجعيد (ص٢٠٩، ٢١٠، ٣١٨، ٢٢٥)، وانظر أميرة صدقي الشيكات السياحية (ص٤٠، ٧٣، ٧٤، ٧٥)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص: ٦٥٩).

المطلب السادس
في قبض الأوراق التجارية عدا الشيك

[ن- ١٠] الأوراق التجارية ثلاثة، الشيك، والكمبيالة، والسند الإذني، أو السند لأمر. . .، ويمكنك الاطلاع على تعريف هذه الأوراق، وخصائصها، وبيان حكمها الشرعي في مباحث سوق المال، ولكن الذي يعنينا هنا هو موضوع القبض.

أما الشيك فقد سبق بحثه، وبقي من الأوراق التجارية: الكمبيالة، والسند الإذني (السند لأمر).

ويتميز الشيك عن بقية الأوراق التجارية، أنه لا يقبل التأجيل، فهو مستحق الدفع متى توفرت شروطه، بخلاف الكمبيالة والسند لأمر، فإنهما يقعان في الغالب مؤجلين، إلا أنها في حالة نادرة تقبل أن تكون مستحقة الوفاء لدى الاطلاع، كما لو نص على ذلك، أو كانت الكمبيالة خالية من بيان ميعاد الاستحقاق، فإن كانت هذه الأوراق يجب دفع قيمتها بمجرد الاطلاع فتأخذ أحكام الشيك في القبض والتداول بالتظهير(١).

وإن كانت هذه الأوراق مؤجلة كما هو الغالب، فما يشترط فيه التقابض من الطرفين كالصرف، أو من طرف واحد كالسلم، لا يجوز أن يحرر به هذا النوع من الأوراق التجارية، فلا يجوز صرف النقود مع تحرير كمبيالة بأحد العوضين

---

(١) يصعب التفريق بين الكمبيالة وبين الشيك في حال ما إذا كان ساحب الكمبيالة دائنًا للمسحوب عليه بقيمتها، وكان النص فيها على الدفع حال الاطلاع، وأن يكون سحبها على مصرف.
انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص: ٦٧٦).

لا تحل إلا بعد أجل، وذلك لأن من شرط صحة الصرف التقابض في مجلس العقد، وهو غير متحقق في الكمبيالة التي لا تحل إلا بعد أجل، كما أنه لا يجوز تحرير رأس مال السلم بكمبيالة لا تحل إلا بعد أجل؛ لأنه يشترط في صحة السلم، أن يكون الثمن مقبوضًا في مجلس العقد، وهو غير متحقق إذا حرر الثمن بكمبيالة لا تحل إلا بعد أجل، والله أعلم(١).



(١) انظر القبض - سعود الثبيتي (ص٥٨)، الأوراق التجارية - الخثلان (ص٢٨٦، ٢٨٧)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١/ ص: ٦٥٨).

المطلب السابع
الشراء بالبطاقة الائتمانية
فيما يشترط لصحته القبض

تعريف بطاقات الائتمان، والكلام على تاريخها، وبيان أنواعها، ومنافعها ومضارها، والتكييف الشرعي لها، كل ذلك سيأتي إن شاء الله بحثه في المعاملات المصرفية، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه، ولكن الذي يعنينا هنا الكلام على مسألة القبض عن طريق هذه البطاقة فيما يشترط فيه التقابض، هل يقوم هذا القبض الحكمي مقام القبض الحسي، كما قاله العلماء في الشيك المصدق، أو لا بد من التقابض الحقيقي، وبالتالي يحرم شراء الذهب بثمن يدفع عن طريق هذه البطاقات، أو صرف العملات عن طريق هذه البطاقات، ولبحث هذه المسألة نقسم البحث إلى مسألتين:

الأولى: شراء الذهب والفضة عن طريق بطاقات الائتمان.

الثانية: إذا ترتب على الدفع الصرف من عملة إلى أخرى.

وسوف نبحث كل مسألة على حدة، نسأل الله عونه وتوفيقه.



القسم الأول
شراء الذهب والفضة
عن طريق بطاقات الائتمان

[ن- ١١] اختلف العلماء في هذه المسألة:

فقيل: لا يصح شراء الذهب، أو الفضة ببطاقة الائتمان مطلقًا، أي سواء كانت البطاقة مغطاة، أو غير مغطاة.

وهذا اختيار الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير(١).

وقيل: يصح مطلقًا، لا فرق بين كون البطاقة مغطاة، أو ليست مغطاة(٢)، اختاره بعض الباحثين، كالشيخ عبد الستار أبو غدة(٣)، والشيخ نزيه حماد(٤)، والشيخ يوسف الشبيلي(٥)، وغيرهم.

وقيل: يجوز شراء الذهب والفضة إن كانت البطاقة مغطاة، ولا يجوز إن كانت البطاقة غير مغطاة، اختاره بعض الباحثين(٦).

---

(١) بطاقة الائتمان - بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة، انظر مجلة المجمع (١٢/ ٣/ ص٦١٢).

(٢) الفرق بين البطاقة المغطاة وغير المغطاة، أن الثمن إذا كان مدفوعًا من حساب العميل فهي مغطاة، وإن كان الثمن مدفوعًا من مصدر البطاقة فهي غير مغطاة.

(٣) بطاقات الائتمان، تصورها والحكم الشرعي عليها، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٣/ ص: ٤٩١).

(٤) بطاقات الائتمان غير المغطاة - نزيه حماد - بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٣/ ص: ٥١٧، ٥٢٥).

(٥) الخدمات الاستثمارية (٢/ ٤٢).

(٦) انظر التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان - الحمادي (ص٤٩).

والذي أميل إليه أن القبض ببطاقة الائتمان قبض حكمي صحيح لا يختلف عن القبض بالشيك المصدق، ولا عن القبض بالشيك المحرر من لدن المصرف، إن لم تكن أقوى منها، وأن البطاقة إذا كانت خالية من شروط محرمة فالبيع والشراء بها سائغ، وأن قبض قسيمة الشراء يعتبر قبضًا لما تحتويه، والله أعلم، وإذا اردت الاطلاع على حجج هذه الأقوال فقد عرضتها، ولله الحمد في باب الصرف من كتاب الربا، فانظره هناك، وإنما اقتضت الإشارة إليه هنا لعلاقته بالقبض، كما أنني وبمشيئة الله تعالى سوف أتناول بشيء من البسط أنواع البطاقات، وتاريخها، وتكييفها التكييف الشرعي في باب المعاملات المصرفية، بلغنا الله ذلك بحوله وقوته، وإنما الذي حملنا على بحثها هنا هو مسألة قبض المبيع.



القسم الثاني
صرف العملات عن طريق بطاقات الائتمان

[ن- ١٢] عرفنا في البحث السابق حكم شراء الذهب والفضة عن طريق دفع الثمن ببطاقات الائتمان، ونريد أن نبحث في هذه المسألة حكم ما إذا ترتب على الشراء صرف عملة بأخرى، وفي أحيان كثيرة تكون عملية الصرف من لازم الشراء، وإن لم يقصد المتعامل ببيعه وشرائه صرف نقود بأخرى، وذلك أن البطاقة لما كان لها صفة العالمية، وكان صاحبها يستطيع أن يستخدمها في معظم دول العالم، فإذا اشترى سلعًا فإن مصدر البطاقة يسدد عن حاملها فورًا بعملة البلد المستخدمة فيه، ثم يعود على حاملها ليسدد له بعملة أخرى، خلال مدة السماح المجانية، فهذه عملية صرف المقصود منها استيفاء ما وجب على المستفيد، وليس المقصود منها المعاوضة، فما حكم هذه العملية؟

أما من منع شراء الذهب والفضة ببطاقة الائتمان فإنه لا بد أن يمنع من الصرف فيها، حيث لا فرق عنده بين المسألتين.

وهناك من أهل العلم من أجاز المسألتين، فلم يفرق بينهما، وفي الحالين أدلتهم في هذه المسألة هي أدلتهم في مسألة بيع وشراء الذهب ببطاقة الائتمان، وقد ذكرتها في باب الصرف من كتاب الربا، ولله الحمد، فلا حاجة لإعادتها هنا.

وهناك فريق ثالث من أهل العلم أجاز شراء الذهب والفضة ببطاقة الائتمان، كما أجاز السحب النقدي بالبطاقة ولو لم يكن هناك تغطية في رصيده إذا لم يتقاض المصدر فوائد أو عمولة على الاقتراض زائدة عن النفقات الفعلية لتقديم هذه الخدمة، ومنع من الشراء بها سلعًا إذا ترتب على هذا الشراء صرف عملة بأخرى.

وهناك من طلبة العلم من أجاز الشراء، والصرف عن طريق بطاقة الائتمان، وانظر حجج هذه الأقوال في باب الربا من كتاب الصرف، فقد ذكرته هناك ولله الحمد.



المطلب الثامن
هل يقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق

[م - ١٩٩] قبل الإجابة على هذا، نبين أن القبض ينقسم إلى قسمين: قبض ضمان. وقبض أمانة.

فقبض الضمان: هو «ما كان فيه القابض مسؤولًا عن المقبوض تجاه غيره، فيضمنه إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية». كالمغصوب في يد غاصبه، والمبيع في يد مشتريه.

وقبض أمانة: وهو «ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ».

ويرى بعض الفقهاء أن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، إذا علم هذا، فنأتي للجواب على السؤال المطروح، هل يقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق المستحق؟

في هذا خلاف بين العلماء:

فرأى الحنفية أن القبض السابق للعقد إذا كان مثل المستحق بالعقد، فإنه ينوب منابه، بمعنى: أن القبضين إذا تجانسا بأن كانا قبض أمانة، أو كانا قبض ضمان تناوبا؛ لأنه إذا كان مثله، أمكن تحقيق التناوب.

مثال ذلك: أن الشيء إذا كان في يد المشتري بغصب، أو كان مقبوضًا بعقد فاسد، فاشتراه من المالك بعقد صحيح، فينوب القبض الأول عن الثاني حتى لو هلك الشيء قبل أن يذهب المشتري إلى بيته، ويصل إليه، أو يتمكن من أخذه، كان الهلاك عليه، لتماثل القبضين من حيث كون كل منهما يوجب كون المقبوض مضمونًا بنفسه.

وكذا لو كان الشيء في يده وديعة، أو عارية، فوهبه منه مالكه، فلا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني، لتماثلهما من حيث كونهما أمانة.

أما إذا اختلف القبضان، فإنه ينوب القبض المضمون عن غيره، لا غير.

مثال ذلك: لو كان الشيء في يده بغصب، أو بعقد فاسد، فوهبه المالك منه، فإن ذلك ينوب عن قبض الهبة، لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض، وزيادة ضمان.

أما إذا كان المبيع في يد المشتري بعارية، أو وديعة، أو رهن، فلا ينوب القبض الأول عن الثاني، ولا يصير المشتري قابضًا بمجرد العقد؛ لأن القبض السابق قبض أمانة، فلا يقوم مقام قبض الضمان في البيع؛ لعدم وجود القبض المحتاج إليه[١].

وذهب الجمهور إلى أنه لا حاجة إلى تجديد القبض، بل ينوب القبض السابق للعين مقام القبض اللاحق المستحق مطلقًا، سواء كانت يد القابض عليه يد ضمان، أم يد أمانة.

لأن المراد بالقبض المستحق: إثبات اليد، والتمكن من التصرف في المقبوض، فإذا تحقق هذا الأمر فقد وجد القبض، ولا علاقة لكون المقبوض مضمونًا، أو أمانة في حقيقة القبض، ولا يوجد دليل على أنه ينبغي أن يقع القبض ابتداء بعد العقد، إلا أن الشافعية اشترطوا لذلك شرطين:

أحدهما: الإذن من صاحبه إن كان له في الأصل الحق في حبسه،

---

(١) انظر مجمع الضمانات (ص٢١٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٢، ٢٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨، ٢٤٨).

كالمرهون، والمبيع إذا كان الثمن حالًا غير منقود، أما إذا لم يكن له هذا الحق، كالمبيع بثمن مؤجل، أو حال بعد نقد ثمنه، فلا يشترط ذلك الإذن.

الثاني: مضي زمن يتأتي فيه القبض إذا كان الشيء غائبًا عن مجلس العقد؛ لأنه لو لم يكن في يده لاحتاج إلى مضي هذا الزمن ليحوزه، ويتمكن منه، ولأنا جعلنا دوام اليد كابتداء القبض، فلا أقل من مضي زمن يتصور فيه ابتداء القبض، ولكن لا يشترط ذهابه ومصيره إليه فعلًا(١).

وهذا هو الراجح إلا أن اشتراط الشافعية أن يمضي زمن يتأتى فيه القبض مع كون القبض سابقًا على العقد شرط مرجوح؛ لأن مضي الزمن ليس من توابع القبض، وليس له مدخل في حقيقته.



(١) المدونة (٦/ ١٢٨)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٠٠)، شرح ميارة (١/ ١١١)، التاج والإكليل (٨/ ١٦)، مواهب الجليل (٦/ ٥٢)، أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٤٤)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٩٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٢٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٥٥)، السراج الوهاج (ص٢١٥)، المحرر (١/ ٣٧٤)، المغني (٥/ ٣٨١)، الفروع (٤/ ٦٤٢)، الإنصاف (٧/ ١٢٢).

المطلب التاسع
حكم القبض السابق في تطارح الدينين صرفًا

[م - ٢٠٠] إذا كان لرجل في ذمة آخر دنانير، وللآخر عليه دراهم، فاصطرفا ما في ذمتيهما، فهل يقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق، ويغني القبض السابق عن وجوب القبض اللاحق؟

في هذه المسألة خلاف بين العلماء:

فذهب الحنفية والمالكية، والسبكي من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة إلى صحة الصرف من غير حاجة إلى قبض جديد(١)، إلا أن المالكية اشترطوا أن يكون الدينان قد حلا معًا.

وحجتهم في أن ما في الذمة بحكم المقبوض:

---

(١) اشترط المالكية أن يكون الدينان قد حلا معًا، ولم يشترط ذلك غيرهم، انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٣٩، ١٤٠)، البحر الرائق (٦/ ٢١٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٦٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٨٤)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣/ ١٦٦)، الخرشي (٥/ ٢٣٤)، التاج والإكليل (٤/ ٣١٠)، الشرح الكبير (٣/ ٢٢٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٩)، مواهب الجليل (٤/ ٥٤٩)، الذخيرة (٥/ ٢٩٩)، منح الجليل (٥/ ٤١٠).
وقال ابن عبد البر في التمهيد (٦/ ٢٩٠): «واختلف الفقهاء أيضًا... في الدينين يصارف عليهما، فقال مالك وأبو حنيفة، وأصحابهما: إذا كان له عليه دراهم، وله على الآخر دنانير جاز أن يشتري أحدهما ما عليه بما على الآخر؛ لأن الذمة تقوم مقام الحاضرة، وليس يحتاج ها هنا إلى قبض، فجاز التطارح، وقال الشافعي والليث بن سعد: لا يجوز؛ لأنه دين بدين، واستدلوا بقول عمر رضي الله عنه: لا تبيعوا منها غائبًا بناجز، قالوا: فالغائب بالغائب أحرى أن لا يجوز، ومن حجة مالك عليهما: أن الدين في الذمة كالمقبوض».
وقال ابن تيمية في الاختيارات (ص١٢٨): «... وإن اصطرفا دينًا في ذمتهما جاز...».
وانظر طبقات الشافعية لابن السبكي (١٠/ ١٣١)، نظرية العقد لابن تيمية (ص٢٣٥).

أن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة، وبأن الدين في الذمة كالمقبوض، فأغنى ذلك عن إحضار كلا البدلين أو أحدهما في مجلس العقد.

وقيل: لا يجوز، وهو مذهب الشافعية والحنابلة[١].

(ح-١٠٤) واستدلوا بما رواه الشيخان من طريق مالك، عن نافع، عن أبي سعيد الخدري ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: **لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلًا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز**[٢].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: «**ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز**»، فإذا كان النهي قد ثبت عن بيع الغائب بالناجز، فالغائب بالغائب أحرى أن لا يجوز.

ولأن هذا من باب بيع الدين بالدين، وهو غير جائز.

❑ الراجح من الخلاف:

الراجح هو القول الأول، لأن ما في الذمة بحكم الحاضر، والنهي عن بيع الدين بالدين سيأتي بحثه إن شاء الله، وسنبين فيه إن شاء الله تعالى، أن هناك صورًا من بيع الدين جائزة، منها بيع الدين على من هو عليه كما في هذه المسألة.

وقد قال ابن تيمية «. . . لم ينه النبي ﷺ عن بيع دين ثابت في الذمة يسقط إذا

---

(١) الأم (٣/ ٣٣)، المجموع (١٠/ ١٠٥)، قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٥١): «إذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب، وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في ذمتهما لم يصح، وبهذا قال الليث والشافعي. . .».

(٢) صحيح البخاري (٢١٧٧)، ومسلم (١٥٨٤).

بيع بدين ثابت في الذمة يسقط، فإن هذا يقتضي تفريغ كل واحد من الذمتين، ولهذا كان جائزًا في أظهر قولي العلماء»[١]. والله أعلم.



(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٧٢).

المحتويات

